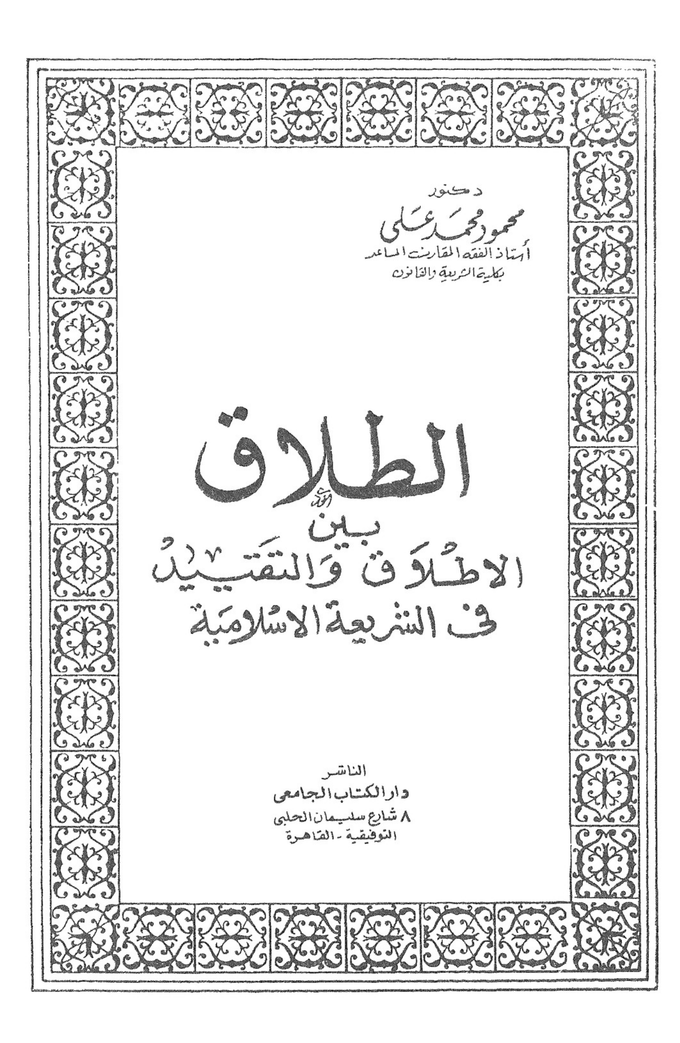


دكتور
محمود محمد على
أستاذ الفقه المقارن المساعد
بكلية الشريعة والقانون

الطلاق
بين الاطلاق والتقييد في الشريعة الاسلامية

الناشر
دار الكتاب الجامعى
٨ شارع سليمان الحلبى
التوفيقية - القاهرة

دكتور
محمود محمد على
أستاذ الفقه المقارن المساعد
بكلية الشريعة والقانون

الطلاق بين الإطلاق والتقييد في الشريعة الإسلامية

دراسة مقارنة

١٣٩٨ هـ — ١٩٧٨ م

دار الاتحاد العربي للطباعة
لصاحبها : محمد عبد الرازق
١٩ كنيسة الأرمن ش الجيش
تليفون : ٩٢٦٠٩٨١

بسم الله الرحمن الرحيم

تمهيـــــد :

الحمد لله رب العالمين والصلاة والســـلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد صلى الله عليه وعلى آله وصحبه أجمعين .

وبعد : فانه مما لا شك فيه أن شريعة الله انما جاءت واقية بمصالح العباد . غاية الأمر قد تكون المصلحة جلية ظاهرة ، وقد تكون خفية لا تدرك الا بعد كثير من التأمل . لذا فقد وجب على الانســان أن يؤمن بأن كـل ما جاءت به الشريعة الاسلامية هو المصلحة الكفيلة بسعادة البشرية جمعاء . وقد عنيت الشريعة بالأسرة لأنها اللبنـــة الأولى التى تتكون منهـــا الأمم والشعوب فشرعت الزواج وحثت عليه لأنه الأساس السليم للعلاقة الزوجية اللائقة بالانسان . قال تعالى : « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا اليها وجعـــل بينكم مودة ورحمـــــة ان فى ذلك لآيات لقـــوم يتفكرون » (١) . وقال النبى صلى الله عليه وسلم : « تزوجوا فانى مكاثر بكم يوم القيامة » (٢) . ولما كانت الحياة لا تصفو دائما بل لابد من كـدر يعتريها راعت الشريعة ذلك فوضعت الدواء للداء فشرعت الطلاق كعلاج للحياة المستعصية . فكان الطلاق ــ الذى يهدم العش الهـادىء والمستقر فى نظـر القصر من الناس ــ رحمة لا تعادلها رحمة . قال تعالى : « وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته وكان الله واسعا حكيما » (٣) .

سبب اختيـــار الموضوع :

وقد اخترت موضوع الطلاق بين الاطلاق والتقييد لعدة أسباب أجملها فيما يلى :

---

(١) الآية رقم ٢١ من سورة الروم .
(٢) الروض النضير ج ٤ ص ٣ .
(٣) الآية رقم ١٣٠ من سورة النساء .

أولا : استخلاص الحق الذى يرشد اليه الكتاب والسنة وآراء الفقهاء فىهذا الموضوع حتى يتبين لكل ذى فطنة أن الطلاق من مزايا الشريعة الاسلامية ·

ثانيا : بيان ان الطلاق ضرورة من ضرورات المجتمع التى لا غنى عنها فحيث يوجد الزواج يوجد الطلاق ·

ثالثا : الرد على من ينادون بقصر الطلاق على القاضى وبيان أن ما يزعمونه محض افتراء لا أساس له من الصحة ·

منهج البحث :

رجعت فى اعداد هذا البحث الى المصادر الآتية :

أولا : القرآن والسنة باعتبارهما المصدرين الرئيسيين للشريعة الاسلامية ·

ثانيا : مذاهب الفقهاء وقد نقلت عن سبعة منها وهى المذاهب الأربعة ومذهب الظاهرية والزيدية والشيعة الامامية لأن الاقتصاد على مذهب واحد لا يعطى فيما نرى صورة كاملة عن حقيقة الفقه الاسلامى · فلابد لجلاء هذه الحقيقة من دراسة عدة مذاهب ومع هذا فلم أعتمد فى الترجيح على مذهب معين · وانما اعتمدت فى التعويل على المذهب الأقرب الى روح المصدرين الرئيسيين وهما الكتاب والسنة اذ فى القرب منهما خلاص مما ينتاب الصناعة الفقهية أحيانا من تعسف وبعد عن روح اليسر ورفع الحرج الذى تهدف اليه الشريعة · وقد سرت فى منهج البحث على طريقة جمع أقوال الفقهاء وأدلتهم المأخوذة من كتبهم المعتمدة وبيان الراجح من هذه الأقوال بعد مقارنتها ومناقشة أدلتها · وقد أتعرض لنقل بعض النصوص الفقهية لبعض المذاهب أحيانا عند مخالفتها لباقى المذاهب فى مسألة ما ، وحرصت على ذكر القوانين الوضعية التى صدرت بشأن الطلاق وحاولت مع ذلك بيان ماينبغى أن يكون عليهالقانون بعد ما هو كائن عسى أنيكون هذا ضوء ينير سبيل الاصلاح فى هذه النواحى المرتبطة بالانسان فى شخصه وأسرته · كما

أشرت الى بعض الأحكام القضائية الصادرة فى هذا الموضوع ، وراعيت فى البحث حسن الترتيب بالقدر المستطاع والافاضة فى بعض أجـــزائه التى اقتضت ذلك ٠

ثم رتبت البحث على تمهيد ومقدمة وأربعة ابواب وخاتمة ٠

المقدمة فى تاريخ الطلاق فى الشرائع والنظم غير الاسلامية ٠

الباب الأول : تعريف الطلاق وحكمة مشروعيته وحكمه ٠

الفصل الأول : تعريف الطلاق وحكمة مشروعيته ٠

الفصل الثانى : حكم الطلاق ٠

الباب الثانى : من يملك حق الطلاق ؟

الفصل الأول : ملكية الزوج لحق الطلاق والحكمة من ذلك ٠

الفصل الثانى : الانابة فى الطلاق ٠

الفصل الثالث : شروط من يوقع الطلاق ٠

الباب الثالث : الطلاق المقيد ٠

الفصل الأول : الطلاق المقيد من حيث الزمن والأثر المترتب على مخالفته٠

الفصل الثانى : الطلاق المقيد من حيث العـدد والصفة والأثر المترتب على مخالفته ٠

الفصل الثالث : الطلاق المقيد بالعوض ٠

الفصل الرابع : قيد الاشهاد على الطلاق ٠

الباب الرابع : الطلاق المقيد بمجلس القاضى ٠

الفصل الأول : التطليق للضرر ٠

الفصل الثانى : التطليق للايلاء ٠

الخاتمة ٠

وختاما نرى لزاما علينا أن نتقدم بوفير الشكر الى كل من أسدى الينا عونا فى تحضير هذه الرسالة راجين من الله العلى القدير أن يجعل عملنـا خالصا لوجهه وأن يسدد خطانا ويلهمنا الصواب وما توفيقى الا بالله عليه توكلت واليه أنيب ٠

مقـــدمة

الطلاق فى الشرائع والنظم غير الاسلامية :

رأينا من المناسب قبل أن نبدأ فى موضوع البحث أن نبين بايجـــاز تاريخ الطلاق فى الشرائع والنظم غير الاسلامية حتى يبين بوضوح لـــكل باحث منصف ما تمتاز به الشريعة الاسلامية عن غيرها من الشرائع والنظم وانها شريعة خالدة على ممر العصور وصالحة لكل زمان ومكان ٠

وسنتناول فى هذه المقدمة بيان الطلاق فى شريعة حمورابى والطلاق عند قدماء اليونان والطـلاق عند الرومان والطـــلاق فى الشريعة الموسوية والطلاق فى الشريعة المسيحية والطلاق فى الجاهلية قبل الاسلام ٠

الطلاق فى شريعة حمورابى (١) :

شريعة حمورابى من الشرائع القديمة التى كان معمولا بهـــا فى دولة حمورابى ـ أو الدولة البابلية الأولى (٢) ، وبالرغم من قدمها فقد كان الطلاق معروفا ومعمولا به عند أهلها ـ وكان بيد الرجل عملا بنصوص المواد (١٣٨ و ١٣٩ و ١٤٠ و ١٤٤ و ١٤٦) فقد تضمنت هذه المواد أن الرجل هو السيد المطلق فى هذا السبيل (٣) الا اذا كانت الزوجة مريضة ، فان الزوج لايستطيع أن يطلقها ٠ بل يباح له أن يتزوج غيرها ويبقى عليها الا اذا رغبت هى فى الفراق وأبت البقاء ففى هذه الحالة يدفع اليها مهرها ويطلقها (٤) أما اذا كانت

---

(١) شريعة حمورابى كان معمولا بها فى بابل ـ الدولة الكلدانية ـ قبل ألفى عام من الميلاد وقد اكتشفت عام ١٩٠٢ برياسة العالم الأثرى مورتمان وهى تشتمل على (٢٨٠٢) مادة وقد حلت رموز (٢٥٠) مادة وهى تحتوى على نصوص مدنية وجنائية(يراجع الطلاق لمولانا محمد على ص ٢٩ ، ٣٠)٠

(٢) لا خلاف فى أن دولة حمورابى سامية الأصل وهى من بدو الآراميين وهم عرب ذلك العصر وبين دولة حمورابى والدولة العربيـــة (قريش) ٢٧ قرنا من الزمان (يراجع العرب قبل الاسلام لجرجى زيدان ص ٦٤) ٠

(٣) الطلاق لمولانا محمد على ص ٣٠ ٠

(٤) العرب قبل الاسلام ص ٦٠ ٠

الزوجة غير مريضة وأراد الزوج طلاقها فان كانت عقيما طلقها لأن الزواج حينئذ يعتبر لاغيا لأنه لم يأت بالثمرة المرجوة منه وللمرأة أن تسترد حقوقها من الجهاز والمهر (١) أما اذا كانت الزوجة ولودا وقد أنجبت منه ذرية وأراد طلاقها دفع اليها مهرها وطلقها ومن حقها أن تتولى تربية أولادها بنفسها ولها فى مقابل ذلك حصة من دخل زوجها (٢) كما أن للمرأة الحق فى أن تطالب الطلاق عملا بنص المادة (١٤٢) التى تضمنت أن للزوجة اذا كرهت زوجها وقالت له « لست لك » أو « لن تمكنى » أن ترفع الأمر للقضاء طالبة التفريق . فاذا تبين أن الخطأ من جانب الزوج فرق بينهما واستردت الزوجة حقوقها من زوجها لأنه لا جناح عليها (٣) وان تبين أن الزوجة غير محقة فى طلبها التفريق بأن كانت دعواها محض افتراء على الزوج تعرضت لعقوبة طرحها فى الماء (٤) كما أنه يجوز للزوجة - متى كانت تحسن رعاية بيتها وليست موضع لوم - الالتجاء الى القضاء لطلب التفريق اذا غاب عنها زوجها غيبة طويلة وثبت اهماله أيامها الا أنها قد تعرض نفسها - ان لم تكن خالية من اللوم - الى أن يصدر ضدها حكم يقضى بالقائها فى الماء (٥) وكذلك لها حق الالتجاء الى القضاء أيضا فى حال هجرها ان كانت تستطيع أن تثبت هجر الزوج لها (٦) .

الطلاق لدى قدماء اليونان :

كان الزواج فى العصر القديم عند اليونان عن طريق البيع والشراء فالرجل كان يشترى المرأة من أبيها ويدفع ثمنا لها عددا من الأبقار أو الثيران

---

(١) العرب قبل الاسلام ص ٦٠ والطلاق لمولانا محمد على ص ٢٩ .
(٢) العرب قبل الاسلام ص ٦٠ .
(٣) الطلاق لمولانا محمد على ص ٣٠ .
(٤) العرب قبل الاسلام ص ٦٠ .
(٥) بلاد ما بين النهرين ص ٩٢ .
(٦) نفس المرجع ص ٩٣ .

يختلف حسب مكانة المرأة وجمالها • وهذا البيع كان حقيقيا فى بادىء الأمر ثم صار بعد ذلك يأخذ شكلا رمزيا (١) وكان الطلاق فى هذا العصر مقصورا على الرجل وحده وبالرغم من هذا فقد كان نادر الوقوع وكان أغلب حدوثه لسببين هما : زنى الزوجة أو عقمها • وفى العصر الكلاسيكى تغير شكل الزواج اذ لم يعد يتم عن طريق الشراء ومع هذا فقد ظل للرجل الحق المطلق فى تطليق زوجته وقد كثر الطلاق فى هذا العصر كثرة بالغة • وان كان سببه ينحصر فى الزنى وعقم الزوجة وما هذا الا للفصل بين الجنسين حتى كان الزوج لا يرى زوجته الا ليلة زفافها • فغالبا لا تقع الزوجة فى نفس زوجها موقع القبول فيتقدم الزوج على طلاقها للتخلص منها • الا أن الزوجة قد اكتسبت فى هذا العصر « الكلاسيكى » حق طلب الطلاق من القاضى فى حالتين **الأولى** : اذا أسرف الزوج فى حياة المجون والخلاعة وأهمل أسرته وهجرها نتيجة ذلك • **الثانية** : اذا أساء الزوج معاملة زوجته اساءة بالغة الا أن هذا الحق ــ على ما يبدو ــ كان نظريا لأن الزوج اذا ما أحس بنفور زوجته وخشى ذهابها الى القاضى لطلب التفريق كان يحبسها فى داره كما يحب ويريد فقد روى أن السبياد عندما قابل زوجتـــه فى السوق وهى فى طريقها الى القاضى وبيدها طلب الطلاق حملها عنوة وقفل عائدا الى منزله دون أن يفكر أحد من الحاضرين فى الحيلولة بينه وبينها (٢) •

---

(١) الطلاق فى القانون المقارن مقال لفخر الدين الصاحب بمجلة الأزهر س ١٢ ص ٣٧٩ ورسالة الدكتور الصابونى ص ١٩ •

(٢) المرأة عند قدماء اليونان ص ١٢٧ ــ ١٣٠ ورسالة الدكتور الصابونى ص ٢٠ أسباب الطلاق فى القانون اليونانى • حدد المشرع اليونانى الأسباب التى تجيــز الطـلاق على سبيل الحصر فى المواد من ١٤٣٩ الى ١٤٤٦ • وهذه الأسباب هى الزنى وارتكاب جريمة التعدد (م ١٤٣٩) واعتداء أحـــد الطرفين على حياة الآخر (م ١٤٤٠) والهجر المتعمد لمدة سنتين على الأقل (م ١٤٤١) وتصدع الحياة الزوجية بظهور أسباب تجعل استمرارها فوق طاقة طالب الطلاق (م ١٤٤٢) واصابة أحد الزوجين بمرض عقلى يجعـل التفاهم بينهما مستحيلا اذا استمرت هذه الحال أربع سنوات على الأقل خلال مدة الزواج (م ١٤٤٣) واصابة أحد الزوجين بالبرص ولا يجـوز

=

الطـلاق عند الرومان :

عرف الرومان الطلاق كوسيلة لفصم عرى الزوجية الا أنه لم يستمر على حالة واحدة بل كان محلا لتطور متعدد الحلقات نظرا للتعديلات التى أدخلت عليه تارة بالاباحة وتارة بالتقييد (١) وسنبين هنا الطلاق فى العصرالقديم ثم فى العصر الكلاسيكى ٠ ثم فى عصر الامبراطورية السفلى ٠

أولا ـ الطلاق فى العصر القديم :

كان الطلاق فى هذا العصر حقا للزوج دون الزوجة اذ كان لوليها الحق فى التفريق بينها وبين زوجها ولو كان ذلك على غير رغبة منها عملا بنظـام السلطة الأبوية الذى كان سائدا وقت ذاك ـ والذى يبدو لى ـ أن الزوج لم يكن مطلق الحرية فى تطليق زوجته ٠ بل كان يخضع لرقابة معينة لأنه كان ملزما بدعوة مجلس عائلى يضم أقاربه وأصدقاءه ليستعين برأيهم قبل الاقدام على الطلاق هذا بالاضافة الى أن الرقباء كانوا يباشرون نوعا من الاشراف على استعمال الزوج لحق الطلاق فالزوج الذى يطلق زوجته بدون مبرر يكون معرضا لوضع اسمه فى قائمة تتضمن الحاق الوصمة به وتؤدى الى حرمانه من الحقوق العامة ٠

ومع هذا فان الطلاق فى هذا العصر كان نادرا ولم يقع فى الغالب الا كعقـوبة للزوجة اذا أخطأت خطأ جسيما حتى أن مؤرخى الرومان يذكـرون أن أول من طلق زوجته دون ذنب جنته سوى كونها عقيما هو (كارفيليوس روجا) وكان ذلك عام ٢٣٥ ق٠ م٠ (٢) ٠

=

قياس أى مرض عليه مهمـا تكن خطورته (م ١٤٤٤) والغيبـة المنقطعة (م ١٤٤٥) والعجز الجنسى اذا كانت هذه الحال قائمة وقت انعقاد الزواج دون أن يعلم بها المدعى اذا استمرت ثلاث سنوات مع بقائها وقت رفع الدعوى (م ١٤٤٦) ٠ وهذه الأسباب تجيز طلب التطليق لأى من الزوجين (يراجع التقنين اليونانى ص ١٥١ ـ ١٦٢ والأحوال الشخصية للاجانب للدكتور جميل الشرقاوى ص ٣٠٠ ـ ٣٠٩) ٠

(١) المرأة عند الرومان ص ٢٣٠ ٠

(٢) نفس المرجع ص ٢٣١ ـ ٢٣٥ (المرأة عند الرومان) ٠

الطلاق فى العصر الكلاسيكى :

اكتسبت الزوجة فى هذا العصر حق الطلاق مع احتفاظ الزوج بهـذا الحق وقد شاع الطلاق فى هذا العصر وكثر لأنه لم تكن هناك أسباب معينة تبيح الطلاق بلكان لكلواحد من الزوجين أن يطلق الآخر لأى سببيراه مبررا للطلاق لتعلق الأمر بمشيئة كل واحد منهما دون قيد أو بيان سبب وقد أساء الناس استعمال هذا الحق فطلقوا لأتفه الأسباب من ذلك أن بعض الرجـال طلق زوجته لمجرد أنها ذهبت لمشاهدة بعض الألعاب دون علمه كما أن بعض الزوجات طلقت زوجها لمجرد اختلائه باحدى المعتقات ومما يدل على هـذا أنه عندما طلق (بولوس اميليوس زوجته بابيريا) جاءه بعض أصـدقائه ينصحونه بالعدول عن طلاقها لأنها شابة جميلة وعاقلة وولود . فقال لهم : « حذائى جديد وجيد الصنع ومع ذلك فانى مضطر الى تغييره فليس هناك أحد سواى يعلم أين يؤلمنى » (١) وقد اعتبرت حرية الطلاق فى هذا العصر من الأمور المتعلقة بالنظام العام ومن ثم لم يجز التنازل عنه .

الطلاق فى عصر الامبراطورية السفلى :

فى هذا العصر طرأ تغيير كبير على نظـام الطلاق تحت تأثير رجال الكنيسة ولم تكن الكنيسة فى بداية عهدها قادرة على بسط فكرتهـا التى تنادى بها وهى عدم قابلية الزواج للانحلال مع وجود قواعد القانون الرومانى التى ظلت ترعى فكرة انحلال الزواج الارادى خاصة ومع ذلك فقد هيأ اعتناق الأباطرة الرومانيين للدين المسيحى الفرصة لتؤثر تعاليم المسيحية فى نظام الطلاق الرومانى .

فعندما اعتنق الامبراطور قسطنطين الدين المسيحى أصدر دستورا فى عام ٣٣٦ م حدد فيه أسباب الطلاق بعد استشارة بعض الأساقفة وبناء على

---

(١) المرأة عند الرومان ص ٢٣٣ .

هذه الأسباب أبيح للزوج أن يطلق زوجته فى حالة ارتكابهـا جريمة زنى أو تسميم كما أبيح للزوجة ان تطلق زوجها فى حالة ارتكابه جريمـــة قتل أو تسميم أو انتهاك حرمة القبور (١) ومع ذلك فان العلاقة الزوجية كانت تنحل بالارادة المنفردة لكل من الزوجين ولو فى غير الحالات المنصوص عليها وهذا يدل على أن هذه الأسباب لم تكن الزامية للاعتداد بالطلاق الواقع بغيرهـا وان كانت توقع عقوبات على الزوج المخالف للقانون (٢) الا أن التشريع قد اصطدم بعادات الرومان وتقاليدهم الراسخة التي كانت تقضى باباحة الطلاق دون قيد أو شرط ٠

ولما تولى جوليانوس الحـكم بادر بالغـــاء تشريع قسطنطين وسرعان ما أعاد الحرية الكاملة لنظام الطلاق (٣) كما وأن تيودوس الثانى وفالنتين الثالث قد توسعا فى الأسباب المبيحة للطلاق (٤) ٠

ولما جاء الامبراطور جوستنيان الى الحكم أدخل تعديلات جوهرية فى نظام الطلاق تحت تأثير التعاليم المسيحية ٠ من هـــذه التعديلات أنه ألغى الطلاق باتفاق الطرفين وقد كان جائزا ٠ كما أنه أصدر قانونا قسم فيـــه الطلاق الى ثلاثة أنواع :

١ - الطـلاق المبـاح :

وهو الطلاق من أحد الطرفين لأسباب مشروعة لا تتضمن خطأ من جانب الآخر بل هى خارجة عن ارادته فهو طلاق يقع بارادة أحد الطرفين لأسباب تبرره وتقوم فى الطرف الآخر كالعجز والجنون والعقم والدخول فى الرهبنـة وهذه الأسباب تجيز الطلاق دون ترتب أية عقوبة على المطلق (٥) ٠

---

(١) مبادىء القانون الرومانى ص ٢٠٣ للدكتور البدراوى وبدر وانحلال الزواج ص ٩٦ رسالة للدكتور اهاب اسماعيل ٠

(٢) مبادىء القانون الرومانى ص ٢٤٨ للدكتور البدراوى وبدر ٠

(٣) المرأة عند الرومان ص ٢٣٥ ٠

(٤) انحلال الزواج ص ٩٦ رسالة للدكتور اهاب اسماعيل ٠

(٥) نفس المرجع ص ٩٧ والمرأة عند الرومان ص ٢٣٣ - ٢٣٨ ٠

٢ - الطلاق لسبب مشروع :

وهو طلاق يقع من أحد الزوجين ويكون سببه خطأ الزوج الآخر فوقوع الطلاق حينئذ عقوبة للمخطىء ٠ وقد توسع القانون فى تعداد هذه الأخطاء فأباح الزوج أن يطلق زوجته ٠ اذا ذهبت بدون اذنه الى حمام عمومى أو ذهبت الى الملعب برفقة شخص أجنبى أو اذا زنت ٠ كما كان للزوجة أن تطلق زوجها اذا اشترك فى مؤامرة ضد سلامة الوطن أو مباشرة امرأة أجنبية فى منزل الزوجية وبناء على هذا فاذا كان الخطأ من جانب الزوجة فقدت دوطتها أما اذا كان الزوج هو المخطىء فانه يلزم برد الدوطة ودفع المهر (١) ٠

٣ - الطلاق غير المشروع :

وهو الطلاق الذى لا يستند الى سبب من الأسباب التى حددها القانون فلكل من الزوجين أن يطلق زوجه الا أن هذا النوع من الطلاق يعرض من يوقعه لعقوبات مالية كفقد الدوطة والمهر وجزء من ثروته يعادل ثلث المهر كما أنه قد يتعرض لعقوبات بدنية (٢) ٠

الطلاق باتفاق الطرفين :

هذا النوع من الطلاق سبق أن ألغاه جوستنيان ثم أعيد مرة أخرى من جديد فى عهد الامبراطور جوستنيان الثانى وكانت اعادته سببا فى الصراع بين القانون والكاليسة والذى استمر قرابة قرن من الزمن (٣) ٠

الطلاق فى الشريعة الموسوية :

ان الشريعة الموسوية أقرت الطلاق وجعلته حقا للرجل ينفرد بايقاعه

---

(١) المرأة عند الرومان ص ٢٣٧ وانحلال الزواج ص ٩٧ ٠
(٢) مبادىء القانون الرومانى ص ٢٠٤ لبدر والبدراوى ٠
(٣) رسالة الدكتور اهاب اسماعيل ص ٩٨ والمرأة عند الرومان ص ٢٣٨ ٠

دون التوقف على رضى المرأة وقبولها (١) جاء فى التوراة (٢) : « اذا أخذ رجل امرأة وتزوج بها فان لم تجد نعمة فى عينيه لأنه وجد فيها عيب شىء كتب لها كتاب طلاق ودفعه الى يدها واطلقها من بيته » · وفى هــذا يقول صاحب المقارنات والمقابلات (٣) : ان الشرع العبرى لا يمنع الرجل منطلاق زوجته ولو لغير سبب سوى رغبته فى التزوج بأجمل منها الا أنه لا يليق برجل من أهل الخير والمعروف أن يقدم على الفــراق بدون سبب يستوجب الطلاق ·

وقد انقسم اليهود فى القرن الثامن بعد الميــلاد الى طائفتين همـــا : الربانيون والقراءون (٤) وقد أدى هذا الانقسام الى وجود خلاف بينهما يقوم على الايمان بالتلمود أو انكاره ، فالربانيون يؤمنون بالتوراة والتلمودبخلاف القراءين فانهم لا يعتقدون بأن التلمود كتاب سماوى · بل يرون أنه كتــاب فقهى كسائر الكتب الفقهية · وقد نتج عن هذا أن اختلفت الأحكام القانونية التى تتبعها كل طائفة منهما (٥) وسنبين هنا أحكام كل طائفة على حدة ·

أولا ــ طائفة القراءين :

يرى علماء هذه الطائفة أن حق الرجل فى ايقاع الطلاق حق مقيد بوجود المسوغ المبرر للطلاق فى حالة عدم قبول الزوجة ويشترط فى المسوغ أنيكون مقبولا شرعا وعرفا وعلى القاضى أن يقدر قيامه أو عدم قيامه ــ جاء فىشعار الخضر (٦) « لا تطلق المرأة بمجرد ارادة الرجل بل لابد من المسوغ » فقد ورد ما نصه « فان لم تحظ فى نظره بأن وجد بها عيبا » فليس مجرد عدم الحظوة ·

---

(١) الطلاق لمولانا محمد على ص ١١ ·

(٢) سفر التثنية اصحاح رقم (٢٤) عدد (١) المقارنات والمقــابلات ص ٤٠٥ ·

(٣) نفس المرجع ص ٤٠٤ وقـــد نقل ذلك عن كتــاب يوسيف على طور ابن هاعيزر ·

(٤) القراءون والربانيون ص ١٥٥ مراد فرج ·

(٥) أحوال شخصية للطوائف الملية ص ١٠٠ أحمد صفوت ·

(٦) شعار الخضر ص ١٢٦ ·

كما ذهب الى ذلك الربانيون يكفى لوقوع الطلاق ٠

أما اذا كان هناك اتفاق وتراض بين الزوجين على الطلاق ٠ فلا يشترط وجود المسوغ حينئذ ٠ بل يجوز الطلاق ولو بلا سبب أصلا مادامت الزوجة قابلة لذلك (١) ٠

وقد قسم علماء هذه الطائفة المسوغ الى قسمين :

الأول : ما كان فى النفس ماسا بالدين وهو على نوعين قاصر عليها كابتزاز الأيام المقدسة وأكلها النجس أو ما لا يحل ٠ ومتعـــد الى غيـــرها كاطعامها ذلك لسواها أو اخفائها الحيض ٠

والثانى : ما كان فى الخلقة أو الخلق وهو على ثلاثة أضرب :

الأول : ما كـان فى الصفة والمنظـر وله صورتان **الأولى :** هين مقبول كالنمش وأثر الجدرى وقصر النظر مع سلامة العينين والسحابة غير المضرة بهما ٠ **والثانية** : غير هين لا يقبل كالريح الخبيثة فى الفم والأنف والعمى والصمم والجنون والحمق والخرس وكذا كل عاهة لا يرجى شفاؤها ولا يطاق احتمالها كذلك سب الوالدين ٠

الضرب الثانى : سوء المعاملة ككثرة النزاع وشدة المعاندة والوقاحة ٠

الثالث : الابتذال فى الطرق والأسواق بلا اطلاع زوجها واتيان ما يمس الشرف (٢) ويجوز للزوجة أن تطلب الطلاق من القاضى اذا وجد المسوغ كما لو تزوج عليها غدرا بها ٠ وكذلك اذا قصر الزوج فيما عليه من الواجبـــات الشرعية أو مرض فأزمن المرض وقطع رجاء الشفاء وكذلك اذا كان الزوج عقيما أو كان به شىء لا يحتمل كبخر الفم والأنف (٣) وكذلك اذا أعرض عنهـــا أو

---

(١) شعار الخضر ص ١٢٩ ٠

(٢) شعار الخضر ص ١٢٧ ٠

(٣) نفس المرجع ص ١٢٨ ٠

كان عنيفا أو امتنع عن الانفاق عليها بلا مبرر (١) وفى هذه الحالات اذا امتنع الزوج من الطلاق طلق القاضى نيابة عنه بدون وثيقة · وفى قول يجبر الزوج على الطلاق شرعا وهو الأوفق لقوله : « فيكتب لها وثيقة الطلاق ويسلمها ليدها » (٢) ·

ثانيا ـ طائفة الربانيين :

يرى علماء هذه الطائفة أن الطلاق حق للرجل يستقل بايقاعه دون التوقف على رضى المرأة وقبولها عملا بنص المادتين (٣٢٤ ، ٣٢٥) من كتاب حاى بن شمعون (٣) الا أن هذا الحق مقيد بأن يكون أمام السلطة الشرعية « القاضى الوطنى حاليا » طبقا لنص المادة (٣٣٦) من الكتاب السالف الذكر الا أن دور السلطة الشرعية لا يعدو أن يكون دور موثق ، اذ ليس من حقها أن ترفض اثبات الطلاق · بل عليها أن تثبت ذلك مهما كانت الأسباب (٤) لأن شريعة الربانيين توسعت فى مسوغ الطلاق مما أدى الى جعل حق الرجل غير خاضع لأى قيد خارجى (٥) ·

ولا يجوز عند الربانيين أن يطلق القاضى نيابة عن الزوج حيث يكون الطلاق واجبا أو فى حال طلب المرأة الطلاق لعذر مقبول · بل لابد من ايقاع الزوج سواء أكان هو الذى يريد الطلاق أم كان ذلك بناء على طلب الزوجة ·

وهناك أسباب تبيح للمرأة الطلاق كالمرض المانع من الواجب الشرعى (٦) وكذلك الرائحة الكريهة فى الانف والفم (٧) وعنة الرجل

---

(١) شعار الخضر ص ١١٣ ·
(٢) نفس المرجع ص ١٢٨ ·
(٣) شرح مبادىء الأحوال الشخصية للطوائف الملية ص ٢٦٤ اهاب اسماعيل ·
(٤) أحوال شخصية ص ٣٣٩ ، ٣٨٩ جميل الشرقاوى وأحوال شخصية ص ٨٨٦ أحمد سلامة ·
(٥) أحوال شخصية ص ٣٨٧ ، ٣٨٨ جميل الشرقاوى ·
(٦) مادة (١٢٧) ·
(٧) مادة (٢٠٦) ·

وعتمه (١) وسوء معاملته للزوجة فى حال اعتياده (٢) أما اذا ضربها بباعث شرعى لم يجز لها أن تطلب الطلاق (٣) ٠

التطليق فى الشريعة المسيحية :

ان الشريعة المسيحية لا تقر انهاء الحياة الزوجية بالطلاق لأنها ترى أن الزواج سر مقدس ينعقد بالصلاة ويتدخل رجل الدين الذى يعبر عن الارادة الالهية واباحة انحلاله بارادة الزوجين أو أحدهما فيه تغليب لهذه الارادة على الارادة الالهية (٤) وبما أن الزواج لا ينعقد الا بتدخل السلطة الدينية لذا فانه يجب أن ينفصم على يد هذه السلطة لأن من ملك الربط ملك الحل وقد عبر عن هذا صاحب الخلاصة القانونية (٥) بقوله : « اعلم أن الطلاق ممنوع فى الشريعة المسيحية فليس للانسان أن يطلق امرأته بمجرد اختياره أو يفارقها بحسب ايثاره ٠٠٠ » وجاء فى أسرار الكنيسة السبعة (٦) أن الزواج سر مقدس به يرتبط الرجل والمرأة ويتحدان اتحادا مقدسا بنعمة الروح القدس ٠

---

(١) مادة (٢١٠) ٠

(٢) المادتان (٢١٦ ، ٢١٧) ٠

(٣) المادة ٢١٨ يراجع الأحوال الشخصية للدكتور جميل الشرقاوى ص ٣٩٢ ، ٣٩٣ ٠

تنبيه :

جاء فى كتاب الطلاق فى الشريعة الاسلامية والقانون للدكتور أحمد الغندور فى صفحة ٢٤ تحت عنوان الطلاق فى الشريعة الموسوية « وليس للمرأة أن تطلب الطلاق مهما كانت عيوب زوجها حتى ولو ثبت عليه الزنى »٠

أقول : بل الثابت فى شريعة الربانيين والقرائين أن المرأة لها الحق فى طلب الطلاق اذا كان زوجها معيبا بأن كان به رائحة كريهة فى فمه أو أنفه أو كان عنينا او عنبما وقد سبق لنا بيان ذلك عند الطائفتين (يراجع شعار الخضر ص ١١٣ ، ١٢٨ والأحوال الشخصية للدكتور جميل الشرقاوى ص ٣٩٢ ، ٣٩٣) ٠

(٤) أحوال شخصية ص ٧٦١ أحمد سلامة وحلمى بطرس ص ١٥٤ - ١٥٦ ٠

(٥) الخلاصة القانونية ص ٣٢ ٠

(٦) أسرار الكنيسة السبعة ص ١٨٩ ٠

على أن هناك رأيا يتضمن استقلال الزوج بفصم عرى الزوجية وقد أشار اليه الدكتور اهاب اسماعيل فى رسالته (١) حيث قال : « ومع ذلك لمحنا ظلا خفيفا لفكرة استقلال الزوج بحل رابطة الزوجية وذلك فى بعض المخطوطات كما هو الحال فى مخطوط مجموعة من قوانين المسجل بالمتحف القبطى تحت رقم (٥٨) مسلسل (١٣١) قانون صفحة (١٦٩) وكذلك مخطوط قوانين موهوبة من آباء كثيرين وهو مسجل بالدار البطريركى تحت رقم (٥٢١) عمومى (٦) قانون صفحة (١١) ثم قال بعد ذلك : « الا أن هذا الظل يتلاشى سريعا وراء الاجماع الكنسى على استلزام صدور حكم بالتطليق » .

وقد استند فقهاء الشريعة المسيحية فى رفض مبدأ الطلاق بالارادة المنفردة الى النصوص الواردة فى الأناجيل . من ذلك ما ورد فى انجيل متى بشأن الطلاق : أن السيد المسيح عندما تبعه جمع كبير صعد الى ربوة وأخذ يعطيهم موعظة الجبل ومن بين ما قاله (٢) : « وقيل من طلق امرأته فليعطها كتاب طلاق . أما أنا فأقول لكم أن من طلق امرأته الا لعلة الزنى يجعلها تزنى ومن تزوج مطلقة فانه يزنى » .

وفى مكان آخر من نفس الانجيل . جاءه الفريسيون - وهم فرقة من فرق اليهود - قائلين : هل يجوز للرجل أن يطلق امرأته . فأجاب وقال لهم : « أما قرأتم أن الذى خلق من البدء خلقهما ذكرا وأنثى وقال من أجل هذا يترك الرجل أباه وأمه ويلتصق بامرأته ويكون الاثنان جسدا واحدا اذ ليسا بعد اثنين . بل جسد واحد . فالذى جمعه الله لا يفرقه انسان . قالوا فلماذا أوصى موسى أن يعطى كتاب طلاق فتطلق . قال لهم : ان موسى من أجل قساوة قلوبكم اذن لكم أن تطلقوا نسائكم ولكن من البدء لم يكن هكذا . وأقول لكم أن من طلق امرأته الا لسبب الزنى وتزوج بأخرى يزنى والذى

---

(١) رسالة الدكتور اهاب اسماعيل ص ٩٤ من الهامش .

(٢) انجيل متى الاصحاح الخامس عدد ٣١ ، ٣٢ يراجع المقارنات والمقابلات ص ٤٠٦ ورسالة الدكتور اهاب اسماعيل ص ٨٣ .

يتزوج بمطلقة يزنى • قال له تلاميذه : ان كان هذا أمر الرجل مع المرأة فلا يوافق أن يتزوج ، فقال ليس الجميع يقبلون هذا » (١) •

وجاء فى انجيل لوقا (٢) : « كل من يطلق امرأته ويتزوج بأخرى يزنى وكل من يتزوج بمطلقة من رجل يزنى » •

وجاء فى انجيل مرقص (٣) • « فتقدم الفريسيون وسألوه هل يحـــل للرجل أن يطلق امرأته ليجربوه • فأجاب وقال : بمـــاذا أوصـــاكم موسى • فقالوا : موسى أذن ان يكتب كتاب طلاق فتطلق فأجاب يسوع وقال لهم : من أجل قساوة قلوبكم كتب لكم هذه الوصية ولكن من بدء الخليقة ذكرا وأنثى خلقهما الله ومن أجل هذا يترك الرجل أباه وأمه ويلتصق بامرأته ويكون الاثنان جسدا واحدا اذ ليسا بعد اثنين بل جسد واحد • فالذى جمعه الله لا يفـــرقه انسان » •

هكذا نسبت الى السيد المسيح أقوال تتعلق بانحلال الزواج وقد اختلف علماء المسيحية من البداية فى تفسيرها لعدم تطابق ما جاء فى الأناجيل بشأن هذا الموضوع ، فذهب فريق منهم الى التمسك بتأبيد العلاقة الزوجية استنادا الى ما ورد بأكثر الأناجيل من اطلاق رفض السيد المسيح فكرة الطلاق • أما الفريق الآخر فانه يرى جواز انحلال الزواج استنادا الى ما ورد فى انجيـــل متى من اباحة انحلال الزواج فى حالة الزنى (٤) •

ويرى البعض أن ما نص عليه الســـيد المسيح من اباحة التطليق للزنى هو مثال لما يجوز أن تنحل رابطة الزوجية بسببه كلما ارتفع السبب الموجب للتطليق وارتقى من الخطورة الى مرتبة خاصة • وأن السيد المسيح لم يكن مشرعا وانما كان نبيا يرسم حدود الكمال ويترك للنـــاس علاقتهم تبعـــا

---

(١) اصحاح ١٩ الأعداد من ٣ ـ ١٢ •
(٢) اصحاح ١٦ العدد ١٨ •
(٣) الاصحاح العاشر الأعداد من ٣ ـ ١٢ •
(٤) رسالة الدكتور اهاب اسماعيل ص ٨٥ •

للظروف وقد أشارت الى هـذا المعنى محكمة الزقازيق الابتــدائية للاحوال الشخصية لغير المسلمين مبينة أن قول السيد المسيح عن التطليق للزنا يمكن اعتباره من جانب آخر نبراسا هاديا لمعالم الطريق فى أمر أسباب الطــلاق باستلزام بلوغ السبب المجيز لايقاعه مبلغ الزنى (١) ٠

ومن الملاحظ أن المسيحية لم تستمر على ملة واحدة قبل وقوع الانقسام بين كنائسها واستقلت كل كنيسة منهـا عن الأخرى ببيــان الأحكام التى تطبقها على الرعايا الخاضعين لها ٠ وبذلك ظهر الخلاف بين قواعد المسيحية فى كل كنيسة ثم نشأت نتيجة لذلك المذاهب المسيحية الثلاثة وهى :

الكاثوليك - والأرثوذكس - والبروتستانت

أولا - مذهب الكاثوليك :

التزم هذا المذهب التزاما تاما بمبدأ عدم قابلية الزواج للانحلال ٠ ولم تستطيع الكنيسة الكاثوليكية فرض هذا المبدأ على أتباعها فى أول الأمر دفعة واحدة نظرا لتأصل قواعد القــانون الرومانى فى نفوسهم ٠ بل طبقتــه تدريجيا حتى ساد وبذلك أصبحت الكنيسة الكاثوليكية لا تعرف من صــور انحلال الزواج الا صورةالانفصال الجسدى (٢) الا أن ايطاليا معقلالكاثوليك والتى كانت ملتزمة بهذا المبدأ منذ عام ١٨١٥ حتى نوفمبر سنة ١٩٧٠ قـد أصدرت قانونا فى أول ديسمبر سنة ١٩٧٠ يقضى باباحة الطلاق ٠ وبذلك تكون ايطاليا قد خرجت علىهذا المبدأ بمقتضى هذا القانون الذى أجازالتفريق بين الزوجين فى حالات انفصال الزوجين فترة طويلة من الزمن وكذلك اذا حكم بالسجن مدة طويلة على الزوج أو الزوجة ٠ وكــذلك الأمر فى حالات الجرائم والخيانات الزوجية (٣) ٠

---

(١) رسالة الدكتور اهاب اسماعيل ، ص ٥٤ من الهامش فى القضية رقم ٢٢٣ سنة ١٩٥٦ الصادر بتاريخ ١٩٥٧/١/٢٧ ٠

(٢) الأحوال الشخصيه ص ٣٣٣ - ٣٣٥ جميل الشرقاوى ٠

(٣) جريدة الأهرام القاهرية س ٩٦ ع ٣٠٦٧٢ بتاريخ ١٩٧٠/١٢/٢ ٠

ثانيا – مذهب الأرثوذكس :

يرى فقهاء هذا المذهب جواز انحلال الزواج بالتطليق الأمر الذى أدى الى تحديد الأسباب المجيزة لذلك . وقد أورد المجموع الصفوى لابن العسال هذه الأسباب التى تبيح فسخ الزيجة فى حياة الزوجين . وقد مهد لذلك بقوله : « وانما الزيجة ماعدا انحلالها بالموت تفسخ أيضا بأسباب وضعية شرعية سنذكرها بحيث لا يعتبر الفسخ شرعيا ما لم ينظر السبب الموجب لدى الحاكم الشرعى المتصرف فى ذلك ويوقع الحكم بالفسخ رسميا بناء على ما ثبت من التحقيق » (١) وقد توسع هذا المذهب فى بيان الأسباب المبيحة للتطليق فأباح التفريق للعلل والأمراض وسوء السلوك والجنون والغيبة والحبس . وعلل ابن العسال جواز التفريق بهذه الأسباب بأنها منافية الغرض الحقيقى من الزواج لأن المقصد من الزيجة هو ايلاد الأولاد واطفاء الشهوة والتعاون بين الزوجين (٢) .

ويعلل أكثر الكتاب هذا التطور بأنه نتيجة لتأثير النفوذ الرومانى على الكنيسة الأرثوذكسية وفى ذلك يقول الأستاذ حبشى : « ليس مرد انفراد الكنيسة الأرثوذكسية بالتطليق الى تفسير عبارات السيد المسيح الواردة فى الكتاب المقدس بهذا الصدد فحسب بل يرجع الى ظروف سياسية وتاريخية مرت بها الكنيسة الأرثوذكسية أدت الى مصارعة القانون الرومانى الذى كان يبيح التطليق لقوانين الكنيسة الشرقية وتسرب بعض حالاته » (٣) .

ثالثا – مذهب البروتستانت :

ان هذا المذهب قد تعددت كنائسه واستقلت كل منها عن الأخرى مما أدى الى وجود خلاف بينهما على تحديد أسباب الطلاق فبعضها ذهب مذهب الكاثوليك فى تحريم انحلال الزواج لأى سبب والبعض الآخر منها قصر

---

(١) رسالة الدكتور اهاب اسماعيل ص ١٠٢ ، ١٠٣ .
(٢) رسالة الدكتور الصابونى ص ٤٠ .
(٣) نفس المرجع ص ٣٤ .

التطليق على حالة الزنى لورود ذلك فى الكتـــاب المقدس وبعض منها أضاف الى سبب الزنى خروج أحـــد الزوجين عن دينه لأنهم يرون أن من غير دينه المسيحى يعتبر ميتا حكما ومن مات حقيقة انفسخ نكاحه فكذلك من مـــات حكما قياسا عليه (١) ٠

الطـلاق فى الجاهلية :

الطلاق من المصطلحات الجاهلية القديمة وهو يعنى عندهم تنازل الرجل عن كل حقوقه التى كانت له على زوجته ومفارقتـه لها (٢) فهو اذن كـــان معروفا ومسلما به عند العرب فى الجاهلية وكانت لهم فيه عادات وانحرافات من ذلك أن الطلاق لم يكن له حد لا فى الوقت ولا فى العدد فكان الرجل يطلق امرأته فى أى وقت شاء وأى عدد أراد ولو تكرر ذلك عشرات المرات روى عن عائشة رضى الله عنها : « كان الرجل يطلق امرأته ما شـــاء أن يطلق وهى امرأته اذا راجعها وهى فى العدة وان طلقها مائة أو أكثر » (٣) وكانوا يعرفون أنواعا من الطلاق وهى : الطـلاق المعروف ويكون بلفظ حبلك على غاربك ٠ وأنت مخلى كهذا البعير (٤) والايلاء وهو الحلف على عدم قربان المرأة ٠ وكان ايلاؤهم السنة والسنتين (٥) والظهار وهو تشبيه الرجل امرأته بمحرمة عليه كأن يقول لها انت على كظهر أمى (٦) والخلع كان يفارق الرجل زوجته نظيـــر مال يأخذه منها فيقال لذلك الخلع وينسب أهل الأخبار نشوء هذا النوع من الطلاق الى عامر بن الظرب فقد زوج ابنته من ابن أخيـه عامر بن الحـارث ابن الظراب فلما دخلت عليه نفرت منه فشكا الى أبيها فقال لا أجمع عليك فراق

---

(١) الأحوال الشخصية ص ٣٣٧ ، ٣٣٨ جميـل الشرقاوى ورســالة الدكتور الصابونى ص ٣٢ ، ٣٣ ٠

(٢) تاريخ العرب قبل الاسلام جـ ٥ ص ٢٧٠ جواد على ٠

(٣) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢١٤ ٠

(٤) تاريخ العرب قبل الاسلام جـ ٥ ص ٢٦٩ جواد على ٠

(٥) تاريخ العرب قبل الاسلام جـ ٥ ص ٢٧١ ٠

(٦) تاريخ العرب قبل الاسلام جـ ٥ ص ٢٧٠ جواد على ٠

أمانك ومالك قد خلعتها منك بما أعطيتها فزعم العلماء أن هذا كان أول خلع فى العرب (١) ٠

وقال الشافعى سمعت من أرضى من أهل العلم بالقرآن يقول : كان أهل الجاهلية يطلقون بثلاث الظهار والايلاء والطلاق فأقر الله تعالى الطلاق طلاقا وحكم فى الايلاء والظهار بما بين فى القرآن (٢) وجاء فى بلوغ الأرب (٣) أن العرب فى الجاهلية كانوا يطلقون ثلاثا علي التفرقة وأن أول من سن ذلك لهم اسماعيل بن ابراهيم عليهما السلام ثم فعلت العرب ذلك فكان أحدهم يطلق زوجته واحدة وهو أحق الناس بها حتي اذا استوفى الثلاث انقطع السبيل عنها ٠ ومن ذلك قول الأعشى حين تزوج امرأة فرغب بها قومها عنه فهددوه بالضرب أو نطلقها فقال :

أيا جارتى بينى فانك طالقة كذلك أمور الناس غاد وطارقة

فقالوا ثانية ٠٠ فقال :

وبينى فان البين خير من العصا وألا ترى لى فوق رأسك بارقة

فقالوا ثالثة ٠٠ فقال :

وبينى حصان(٤) الفرج غيرذميمة وموموقة قد كنت فينا وامقة (٥)

وكان الطلاق فى الجاهلية بأيدى الرجال أما النساء فلهن العدة ولذلك كان بعض النسوة يشترطن على أزواجهن أن يكون أمرهن بأيديهن ان شئن أقمن وان شئن تركن معاشرتهم ٠ وأوقعن الطلاق ٠ وذلك لشرفهن وقدرهن ومن هؤلاء النسوة سلمى بنت عمر بن زيد الخزرجية وفاطمة الأنمارية وأم خارجة صاحبة المثل المعروف (أسرع من نكاح أم خارجة) ٠ ومارية بنت الجعيد وعاتكة بنت مرة ٠ وغيرهن وقد عرفن بكثرة ما أنجبن من ذرية فى العرب

---

(١) تاريخ العرب قبل الاسلام جـ ٥ ص ٢٧١ وبلوغ الأرب جـ ٢ ص ٤٩ ، ٥٠ لمحمود شكرى الألوسى ٠

(٢) بلوغ الارب لمحمود شكرى الألوسى جـ ٢ ص ٥٠ ٠

(٣) نفس المرجع جـ ٢ ص ٤٩ ٠

(٤) حصان بالفتح المرأة العفيفة ٠

(٥) ومقة ومقا أحبه كورثة ٠

لتزوجهن جملة رجال وكانت المرأة تطلق الرجل بطريقة لا كلام فيها ولا خطاب فان كن فى بيت من شعر حولن الخباء ان كان بابه قبل المشرق حولته قبل المغرب ٠ وان كان قبل اليمن حولته قبل الشام ٠ فاذا رأى الرجل ذلك علم أنها قد طلقته فلم يأتها وهى طريقة أهل الوبر ٠ ومتى طلقت المرأة زوجها تركت داره والحى الذى يسكنه لتعود الى بيتها والحى الذى تنتمى اليه (١)٠

أما غير البدويات منهن ممن لم يكن من ذوات الأخبية فكان لهن أساليب أخرى لطلاق وفى ذلك يقول الدكتور على عبد الواحد وافى (٢) : اذا تزوجت الواحدة منهن رجلا وأصبحت عنده كان أمرها اليها ٠ وتكون علامة ارتضائها للزوج أن تعالج له طعاما اذا أصبح ويفهم من ذلك أن عدم ارتضائها له كانت دلالته ألا تعنى بأمر طعامه ٠

وكان للظروف الاجتماعية والاقتصادية التى كانت غالبة فى الجاهلية دخل فى الطلاق لذا كان سهلا ٠ كما كان ايقاعه أحيانا عقوبة للمرأة لمسائل تافهة انتقاما منها أو من ذوى قرابتها لأسباب لا تتصل بشئون الحياة الزوجية فى أكثر الأحيان كما أن الفقر كان عاملا قويا من العوامل التى تكون سببا فى ايقاع الطلاق (٣) ٠

---

(١) تاريخ العرب قبل الاسلام ﺟ ٥ ص ٢٧٢ ٠
(٢) الأسرة والمجتمع ص ١٣٢ ٠
(٣) تاريخ العرب قبل الاسلام ﺟ ٥ ص ٢٧٢ ٠

الباب الأول

فى تعريف الطلاق ، وحكمة مشروعيته ، وحكمه

ويشتمل على فصلين :

الفصل الأول

فى تعريف الطلاق وحكمة مشروعيته

ويشتمل على مبحثين :

المبحث الأول : فى تعريف الطلاق ،

المبحث الثانى : فى حكمة المشروعية ودليل المشروعية ،

الفصل الثانى

فى حكم الطـــلاق

ويشتمل على مبحثين :

المبحث الأول : هل الأصل فى الطلاق الحظر أم الاباحة ؟ واختلاف أحكام المحاكم فى ذلك ،

المبحث الثانى : فى حكم الطلاق ،

الفصل الأول

المبحث الاول

فى تعريف الطلاق فى اللغـة

الطلاق فى اللغة رفع القيد مطلقا سواء أكان القيد حسيا كقيد البعير أم معنويا كقيد النكاح • يقال طلق الرجل امرأته تطليقا أى حل قيد نكاحها • ويقال . أطلقت الأسير اذا حللت أساره •

وأطلقت القول اذا أرسلته من غير قيد ولا شرط • وناقة طالق أى مرسلة ترعى حيث شاءت (١) •

وقد غلب العرف فى الاستعمال على أن لفظ الطلاق والتطليق اذا أضيف الى المرأة كان المقصود به رفع القيد المعنوى وهو ازالة النـكاح • يقـال طلق الرجل امرأته تطليقا ولا يقال أطلق • أما لفظ الاطلاق فقد غلب استعماله فى رفع القيد الحسى • يقال أطلقت الأسير فهو مطلق • وأطلقت السجين فهـو مطلق • ومن النادر أن يقال سجين طالق • كما يندر أن يقال امرأة مطلقة بفتح اللام بمعنى طلقها زوجها لذا فان فقهاء الشريعة الاسلامية قد اعتبروا قول الزوج لزوجته أنت مطلقة بالتخفيف من كنايات الطلاق التى تحتـاج الى النية • لأن الاطلاق فى العرف يستعمل فى اثبات الانطلاق عن القيـد الحقيقى فلا يحمل على القيد الحكمى الا بالنية (٢) •

---

(١) القاموس المحيط جـ ٣ ص ٢٥٨ ، ٢٥٩ والمصباح المنير جـ ٢ ص ٥٧٣ ـ ٥٧٥ •

(٢) البدائع جـ ٣ ص ٩٨ •

تعريف الطلاق فى عرف الفقهاء :

تعريف الأحنـاف :

عرف الأحناف الطلاق بأنه : رفع قيد النكاح فى الحال أو المآل بلفظ مخصوص » (١) ٠

تعريف المالكيـة :

عرف الدردير الطلاق بأنه « ازالة عصمة الزوجة بصريح لفظ كنـاية ظاهرة أو بلفظ ما مع نية » (٢) ٠

تعريف الشـافعية :

عرف الشافعية الطلاق بأنه « حل قيد النكاح بلفظ طلاق ونحوه » (٣) ٠

تعريف الحنـابلة :

عرف الحنابلة الطلاق بأنه « حل قيد النكاح أو بعضه » (٤) ٠

تعريف الزيدية :

عرف الزيدية الطلاق بأنه « قول مخصوص أو ما فى معناه من شخص مخصوص يرتفع به النكاح أو ينثلم » (٥) ٠

تعريف الشيعة الامامية :

عرف الشيعة الامامية الطلاق بأنه « ازالة قيـد النكاح بصـيغة طالق وشبهها » (٦) ٠

هـه تعاريف الطلاق فى عرف الفقهاء وليس البون بينها شاسعا لاتفاقها على أن الطلاق رفع قيد النكاح ٠ ولما كانت هذه التعاريف مبينة لحقيقةالمعرف

---

(١) شرح تنوير الأبصار على هامش ابن عابدين جـ ٢ ص ٤٤٩ ، ٤٥٠ ٠
(٢) الشرح الكبير جـ ٢ ص ٣٤٧ ٠
(٣) حاشية القليوبى جـ ٣ ص ٣٢٣ ونهاية المحتاج جـ ٦ ص ٤١٣وشرح التحرير جـ ٢ ص ٣٢٦ ٠
(٤) كشاف القناع جـ ٣ ص ١٣٩ وشرحمنتهى الاراداتعليه ص ٢٠٥ ٠
(٥) التاج المذهب جـ ٢ ص ١١٨ ٠
(٦) جواهر الكلام جـ ٤ باب الطـلاق وشرائع الاسـلام ص ٢٠٥ من الهامش ٠

رأيت أن أقتصر على شرى تعريف الأحناف حتى تظهر حقيقة الطلاق .

قال الأحناف : الطلاق رفع قيد النكاح فى الحال أو المآل بلفظ مخصوص « المراد » برفع القيد « رفع أحكامه (١) بفك رابطة النكاح . والمراد بالقيد هنا ما يفيده عقد الزواج من ملك الاستمتاع أو حله .

والمراد بقولهم « فى الحال أو المآل » أن رفع القيد « قد يكون فى الحال بالطلاق البائن كما قد يكون فى المآل بالطلاق الرجعى لأن زوال الملك فيه انما يكون بعد انقضاء العدة .

وقولهم بلفظ مخصوص : المراد باللفظ المخصوص هو ما اشتمل على مادة (ط ل ق) صريحا كانت طالق أو كناية كانت بائن أو محرمة وما اليها من الألفاظ التى تحتمل معنى الطلاق وغيره ويترجح فيها معنى الطلاق بمرجح خاص كالنية . وليس بلازم فى اللفظ المخصوص أن يكون منطوقا به . فان ما يفيد معناه من الكتابة والاشارة يقع به الطلاق كما فى حالة الأخرس . ويلحق باللفظ المخصوص لفظ الخلع . وقول القاضى فرقت بينكما عند اباء الزوج الاسلام والعنة واللعن وبناء على هذا يخرج عن التعريف تفريق القاضى فى اباء الزوجة الاسلام وردة أحد الزوجين وتباين الدارين حقيقة أو حكما وخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة ونقصان المهر . فان هذه الحالات ليست طلاقا بل هى فسخ (٢) .

المبحث الثانى

مشروعية الطـــلاق

الأسرة هى حجر الزاوية واللبنة الأولى فى اقامة المجتمع فاذا صلحت صلح المجتمع واذا فسدت فسد . لأن المجتمع لايكون قويا الا اذا كان أساسه

---

(١) لأن العقود كلمات لا تبقى بعد التكلم بها . (يراجع حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٤٥٠ .

(٢) حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٤٤٩ ، ٤٥٠ وفتح القدير جـ ٣ ص ٢٩ .

متينا مترابطا متماسكا • لذا فان الهزات التى تضطرب بها الأسرة هى هزات يتداعى لها المجتمع ذاته • لذلك كان القرار والثبات فى شئون الأسرة أمر لازم لها • لما فيه من تدعيم للمجتمع وارساء لقواعده وتقوية ابنائه • من أجل هذا فان الشارع الحكيم عنى دالأسرة • فشرع الزواج لأنه هو الرباط المقدس الذى يكفل ليا السعادة ، من أجل ذلك أضحى العقد عقدا أبديا يدوم بدوام الحياة • لأن من مقاصده تحصين الفرج وانجاب النسل ورعايته •

واقامة دعائم الأسرة لا تتحقق الا اذا كان العقد دائما ، لذا فان جهود الفقهاء قد اتفقوا على أن عقد الزواج يبطله التأقيت ، فلا ينعقد على وجه التأقيت • بل وتبطله كل عبارة تدل على تأقيته • ويشترط لاستمراره وبقائه أن تكون المودة والرحمة بين الزوجين قائمة لأن الشأن فى الزواج أن يقوم على وفاق ومحبة • قال تعالى : « ومن آياته أن خلق لكم من انفسكم أزواجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة » (١) وقد حث جل شأنه على حسن العشرة فقال : « وعاشروهن بالمعروف » (٢) فهذه الآية تبين لنا أن الله سبحانه وتعالى أمر الأزواج بحسن صحبة النساء لتكون أدمة (٣) ما بينهم وصحبتهم على الكمال لأن هذا أهدأ للنفس وأهنأ للعيش (٤) ثم قال بعدذلك « فان كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا » (٥) هذا النص القرآنى يدل على أن الزوج مندوب الى امساك زوجته والابقاء عليها مع كراهته لها لدمامة أو سوء خلق لأن الخيرة ربما كانت لنافى الصبر على ما نكره (٦) والنبى صلى الله عليه وسلم كانت وصاياه داعية الى حسن العشرة وجعل المودة هى الحكم فى كل ما يجرى من شئون الحياة بين الزوجين

---

(١) الآية رقم ٢١ من سورة الروم •
(٢) الآية رقم ١٩ من سورة النساء •
(٣) الأدمة الخلطة والمعاشرة •
(٤) القرطبى جـ ٣ ص ٩٧ •
(٥) الآية رقم ١٩ من سورة النساء •
(٦) الجصاص جـ ٢ ص ١٣٢ ، ١٣٣ •

واعتبر من كمال الايمان لطف الانسان بأهله فقال صلى الله عليه وسلم : « أكمل المؤمنين ايمانا احسنهم خلقا وألطفهم بأهله » وقال صلى الله عليه وسلم : « خيركم خيركم لنشائه وأنا خيركم لنسائى » وبهذا الهدى أخذ الصحابة والتابعون ومن سلكوا مسلكهم (١) ٠

بناء على ما سبق يتبين لنا أن الشارع الاسلامى قد أحاط رباط الزوجية بما يحفظ المودة مادامت القلوب فى الامكان تلاقيها ليمهد للاسرة سبيل الفضيلة ويحقق لها الحياة الطيبة والمعيشة الهنيئة ويوجهها للكمال المرجو لها حتى تكون نواة صالحة لايجاد مجتمع سليم ينبو عن الرذيلة والشر ويحقق لأفراده الفضيلة والخير لهذا كان الزواج ولأجله شرع ٠

الا أنه قد يعرض لهذا الرباط المقدس ما يعدل به عن غايته المرجوةوغرضه المقصود لأسباب كثيرة لا يأتى عليها الحصر تفرضها أحداث الحياة وتجدثها بعض النوايا والأغراض من ذلك أن الانسان قد يخدعه شعوره ويخونه احساسه فيخطىء فى اختيار زوجته ثم يظهر له بعد ذلك سوء ما صنع ويواجه الحقيقة المؤلمة فيرى أخلاقا لا تلائم أخلاقه وطباعا لا تتفق مع طباعه فتسوء العشرة بينهما ويقطع حبل المودة ٠

وقد ترى الزوجة من زوجها قسوة فى المعاملة أو جفوة فى الطباع أو قد تطلع على خائنة منه أو على ما لا يرضيها من سلوكه وأخلاقه ٠ بحيث لو كانت تعلم بذلك قبل الزواج ما قبلته زوجا ٠ وقد يصاب أحدهما بمرض لا يستطاع معه دوام العشرة ولا يمكن معه البقاء ٠ وقد يجد أحدهما صاحبه عقيما لا يرجى منه نسل ٠ وقد يطرأ على القلوب ما يقلبها فتنقلب المودة الى قطيعة والمحبة الى بغض وتستحكم النفرة بحيث لا يمكن رأب الصدع وعودة الصفاء الى الأسرة بتحكيم أو بغيره الى غير ذلك من الأسباب التى تستوجب

---

(١) مقال للاستاذ أبى زهرة بمجلة القانون والاقتصاد س ١٥ ع ٢، ٣ ص ١٥٩ ، ١٦٠ ٠

الطلاق من أجل ذلك كان لابد من علاج • قال تعالى : « فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » (١) •

الطلاق ضرورة من ضرورات المجتمع :

بناء على ما سبق بيانه من أسباب قد تعرض لعقـــد الزواج كان لابد للشارع الحكيم أن يضع تشريعا يحقق مصلحة الأسرة والمجتمع لأنه الأعلم بمصالح عباده • فشرع الطلاق وجعله علاجا لداء قد استعصى علاجه • فهو اذن ضرورة من الضرورات المقومة للمجتمع رغم الأذى الذى يلحق بالزوجين من جرائه •

ومما يدل على أن الطلاق ضرورة من للضرورات المقومة للمجتمع أن بعض الدول للتى كانت تحرم للطلاق على رعاياها قد أباحته أخيرا لأنهـــا لمست المساوىء الناتجة عن منع الطلاق من تفكك الأسرة وتشرد أطفالها وكثـــرة للقطاء فيها • لذا فقد أقرت أخيرا بأن الطـلاق من سنن الفطرة التى لا غنى عنها عند الضرورة (٢) وصدق الله العظيم اذ يقول : « سنريهم آياتنـــا فى الآفاق وفى أنفسهم حتى يتبين لهم أنه الحق » (٣) ومما يدل أيضا على أن الطـــلاق من الضرورات المقومة للمجتمع أن المرأة فى أمريكا أعلنت فى عــام ١٩٦٠ أنها تؤيد تسهيل اجراءات للطلاق لأنها تؤمن بالزواج الناجح فقط (٣) • وقد تعددت عبارات فقهاء الشريعة الاسلامية فى بيان حكمة تشريع الطـلاق وكلها ترجع للى أصل مسلم به وهو أن النكاح عقد يراد لمصالح هامة تقصـد منه ولا يتحقق متصودة الا بالتآلف والمودة وللوفاق فاذا اســتحكم الخـلاف

---

(١) الآية رقم ٢٢٩ من سورة البقرة •

(٢) هذه الدولة هى ايطاليا معقل الكاثوليك فقد أباحت الطـلاق فى أول ديسمبر سنة ١٩٧٠ يراجع جريدة الأهرام القاهرية س ٩٦ ع ٣٠٢٧٦ بتاريخ ١٩٧٠/١٢/٢ •

(٣) الآية رقم ٥٣ من سورة فصلت •

(٤) مقال بعنوان مظلومة أم ظالمة بجـريدة الأهرام القـــاهرية س ٩٧ ع ٣٠٨٢٨ بتاريخ ١٩٧١/٥/٧ •

أصبح استمرار العشرة ضررا محضا وفسادا صرفا والطلاق هو المخلص من ذلك • وفى ذلك يقول الكاسانى فى البدائع (١) : « ولأن شرع الطلاق فى الأصل لمكان المصلحة لأن الزوجين قد تختلف أخلاقهما وعند اختلاف الأخلاق لا يبقى النكاح مصلحة لأنه لا يبقى وسيلة الى المقاصد فتنقلب المصلحة الى الطلاق ليصل كل واحد منهما الى زوج يوافقه فيستوفى مصالح النكاح منه » أ• هـ•

وقد أحس الفلاسفة أيضا هذه المعانى ونادوا بمقتضاها ، من ذلك أن الفيلسوف ابن سينا قد أجمل هذه المعانى بقوله (٢) « وينبغى أن يكون الى الفرقة سبيل ما وألا يسد ذلك من كل وجه لأن حسم أسباب التوصل الى الفرقة بالكلية يقتضى وجوها من الضرر والخلل • منها أن من الطبايع ما لا يألف بعض الطبايع • فكلما اجتهد فى الجمع بينهما زاد الشر والنبو (٣) وتنفصل المعايش • ومنها أن من الناس من يمنى - أى يصاب - بزوج غير كفء ولا حسن المذاهب فى العشرة أو بغيض تعافه الطبيعة فيصير ذلك داعية الى الرغبة فى غيره اذ الشهوة طبيعية وربما أدى ذلك الى وجوه من الفساد • وربما كان المتزاوجان لا يتعاونان على النسل فاذا بدلا بزوجين آخرين تعاونا فيه •فيجب أن يكون الى المفارقة سبيل ولكنه يجب أن يكون مشددا فيه » أ•هـ

وقد يرتفع صوت لا حكمة فيه أو يعترض معترض بأن الطلاق هدم لحياة وقطع لصلة وتشتيت لجمع مؤتلف وضياع وتشريد لجيل من الأطفال الأبرياء كل هذا بسبب خلاف عابر بين رجل وامرأة •

ونحن نعتقد أن تشريع الطلاق هو خير نظام عرفته البشرية • وأن ما يوجه اليه من اعتراض فليس لعيب فيه بل العيب فى بعض الناس الذين

---

(١) البدائع جـ ٣ ص ١١٢ •
(٢) الأحوال الشخصية للدكتور محمد يوسف موسى ص ٢٥٣ •
(٣) النبو : أى الخلاف •

يستعملون الطلاق فى غير موضعه الذى شرع من أجله بسبب جهلهم بحكمة مشروعيته وحمقهم ٠ ولو أن الناس سلكوا المنهج الذى رسمه الشارع للطلاق ولم يتعدوا حدود الله فيه وأدركوا أنه أبغض المباحات الى الله تعالى ٠ وانما أبيح لهم كى يتخلصوا به من زوجية تعسة ٠ فلو راعوا هـذه الأشياء لما كان لأحد أن يعيب على تشريع الطلاق أو تشرئب نفسه أن تحوم حول حماه أو أن تتطاول ذاته في أن تعيث فسادا بتبـديل أو تحريف فى فهم مقصـوده ومعناه ٠ والحقيقة **أن العيب فيمن ابتلى بهم التشريع** بأن يكونوا من أبنائه وهؤلاء يجب أن يبصروا ويعلموا طريق الخير والصواب ، هدانا الله واياهم الى حسن فهم الخطاب ٠

وعلى هذا فاننى أرى أن الأشياء لم تمحص فى الحياة لتكون خيرا محضا أو شرا محضا ٠ بل كل تصرف فيه جانب الخير وفيه احتمال الشر ٠ وفى الطلاق ضرر لا شك فيه لكنه مهما كان فانه شرع لدفع ضرر أشـد وفساد أعظم لأن الحياة المضطربة المتلاطمة بأمواج الشقاق فوق صخور الكراهية والعناد تجعل مجتمع الأسرة مجتمع شقاء وبؤس لا خير فيه ولا أمل منـه نتيجة تعرضه لريح صرصر عاتية افتعلتها النفوس الواهية ٠ فالطـلاق اذن ضرورة من ضرورات المجتمع شرع علاجا لداء استعصى علاجه ٠

دليـل المشروعية :

أن الله جل شأنه شرع الطلاق لعباده وأجاز لهم استعماله عند الحـاجة اليه ٠ ودليل شرعيته الكتاب والسنة والاجماع ٠

أولا ـ الكتـاب :

ورد ذكر الطلاق فى الكتاب العزيز فى آيات كثيرة منهـا قوله جل شأنه: « الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » (١) ٠ وقال تعالى :

---

(١) الآية رقم ٢٢٩ من سورة البقرة ٠

« لا جناح عيكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفوضوا لهن فريضة » (١) وقال تعالى : « يا أيها النبى اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن » (٢) فهذه الآيات الكريمة تدل دلالة واضحة على أن الطلاق مأذون فيه ووجه دلالتها أنه لو لم يكن الطلاق مأذونا فيه ولو فى بعض الأحوال لما بين أحكامه التنظيمية التى أوردها فى هذه الآيات وغيرها من آيات القرآن الكريم (٣) ٠

ثانيا ـ السنة :

روى البخارى (٤) عن نافع عن عبد الله بن عمر ـ رضى الله عنهما ـ أنه طلق امرأته وهى حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ٠ فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مره فليراجعها ٠ ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء أمسك بعد وان شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التى أمر الله أن تطلق لها النساء » ٠

هذا الحديث يدل على مشروعية الطلاق بالنظر الى ذاته لا الى ما يلابسه من قرائن ٠ ولو كان الطلاق غير مشروع ما أجاز النبى صلى الله عليه وسلم لابن عمر ذلك ٠

وروى عن محارب بن دثار عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما قال (٥) : قال النبى صلى الله عليه وسلم : « أبغض الحلال الى الله تعالى الطلاق » ٠

هذا الحديث يدل على مشروعية الطلاق حيث وصفه النبى صلى الله عليه

---

(١) الآية رقم ٢٣٦ من سورة البقرة ٠
(٢) الآية رقم ١ من سورة الطلاق ٠
(٣) المغنى جـ ٨ ص ٢٣٣ ٠
(٤) فتح البارى جـ ٩ ص ٢٧٦ والمغنى جـ ٨ ص ٢٣٣ ٠
(٥) سنن البيهقى جـ ٧ ص ٣٣٢ وسنن ابن ماجه جـ ١ ص ٣١٨ ٠

وسلم بالحل فهو دليل على جوازه ٠ وقد طلق النبى صلى الله عليـــه وسلم حفصة ثم راجعها وفى هذا دليل على مشروعية الطلاق ٠

ثالثا - الاجمــاع (١) :

وقد انعقد الاجماع على مشروعية الطلاق لأنه منذ وفاة النبى صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا يقع الطلاق دون نكير على من يأتيه لذا فقد أصبح من الأمور القطعية فى الشريعة ومما علم من الدين بالضرورة ٠

---

(١) المغنى جـ ٨ ص ٢٣٣ ، ٢٣٤ والبحر الزخار جـ ٣ ص ١٥٠ ٠

الفصل الثانى

المبحث الاول

هل الأصل فى الطلاق الحظر أم الاباحة

للاجابة على هذا نرى ان فقهاء الشريعة الاسلامية قد اختلفوا فى ذلك على فريقين : فريق يرى أن الأصل فى الطلاق الاباحة والفريق الآخر يرى أن الأصل فيه الحظر ولا يباح الا عند الحاجة اليه وسنبين فى هذا المبحث رأى كل فريق وأدلته وترجيح الراجح منها ٠

أولا ـ رأى الفريق القائل بأن الأصل فى الطلاق الاباحة :

يرى هـــذا الفريق من الفقهـــاء وهم : السرخسى (١) والزيلعى (٢) والتمرتاشى (٣) وابن نجيم (٤) من فقهاء الأحناف والامام القرطبى (٥) ـ أن الأصل فى الطلاق الاباحة وبناء على هذا فانه يجوز للزوج أن يطلق زوجته وان لم يكن هناك سبب يستوجب طلاقها سوى الخلاص منها وفى ذلك يقول الشلبى فى حاشيته (٦) : « قال قاضيخان فى باب النفقة فى فصل حقوق الزوجين : رجل يريد أن يطلق امرأته بغير ذنب ان أوفاها المهر ونفقة العدة وسع له ذلك لأنه تسريح باحسان » أ٠ هـ٠

---

(١) المبسوط جـ ٦ ص ٢ ، ٣ ٠
(٢) الزيلعى جـ ٢ ص ١٨٩ ٠
(٣) شرح تنوير الأبصار جـ ٢ ص ٤٥٠ ٠
(٤) البحر الرائق جـ ٣ ص ٢٣٦ ، ٢٣٧ ٠
(٥) القرطبى جـ ٣ ص ١٢٦ ٠ وفى ذلك يقول القرطبى : دل الكتـــاب والسنة واجماع الأمة على أن الطلاق مباح غير محظور ٠ وقال ابن المنـــذر : وليس فى المنع منه خبر يثبت ٠
(٦) حاشية الشلبى على الزيلعى جـ ٢ ص ١٨٩ ٠

وقد استدلوا لذلك بالكتاب والسنة وفعل الصحابة والقياس ٠

أولا - الكتـــــاب (١) :

يرى هذا الفريق من الفقهاء أن الآيات القرآنية الواردة بشأن أحـــكام الطلاق مطلقة واطلاقها يقتضى اباحة الطلاق مطلقا ٠ من ذلك قوله تعالى : « الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » (٢) وقوله تعـالى : « لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة » (٣) ٠

ويجاب عن هذا الدليل بأنه غير منتج ٠ لأن المقصـود من الآية الأولى بيان عدد الطلاق الذى للمرء فيه أن يرتجع زوجته دون تجديد مهر وبذلك قال ابن الزبير وقتادة وابن زيد وغيرهم ٠ وقال ابن مسعود وابن عباس ومجاهد وغيرهم المقصود من الآية التعريف بسـنة الطـلاق أى من طلق اثنتين فليتق الله فى الثالثة (٤) وعلى هذا فليس المقصود منها اباحة الطـلاق فالاستدلال بها هنا استدلال فى غير موضعه ٠ أما الآية الثانية فالمقصود منها رفع الجناح عن المطلق الدخول وقبـل الفرض من حيث التبعة المـالية - كنصف المهـر أو المتعة - التى وجدت بمقتضى هذا الزواج والتى ينبغى أن يتحملها الزوج فهى اذن ليست مطلقة حتى تشمل جميع صور الطلاق ٠ وليس المقصود منها رفع الجناح عن المطلق من حيث اقدامه على الطلاق ٠ ومن العلماء من قال : ان المقصود منها رفع الجناح عن المطلق اذا طلق زوجته قبل الدخول وهى حائض اذ لا عدة عليها (٥) لذلك فان هذا الدليل لاينتج المدعى فلا يصح الاستدلال به ٠

ثانيا - السـنة :

جاء فى سنن ابن ماجه (٦) عن سعيد بن جبيـر عن عمر بن الخطـاب

---

(١) القرطبى جـ ٣ ص ١٢٦ والزيلعى جـ ٢ ص ١٨٩ والبحر الرائق جـ٣ ص ٢٣٦ ٠

(٢) الآية رقم ٢٢٩ من سورة البقرة ٠

(٣) الآية رقم ٢٣٦ من سورة البقرة ٠

(٤) القرطبى جـ ٣ ص ١٢٦ ٠

(٥) القرطبى جـ ٣ ص ١٩٦ ، ١٩٧

(٦) سنن ابن ماجه جـ ١ ص ٣١٨ والزيلعى جـ ٢ ص ١٨٩

رضى الله عنـــه : « ان رسـول الله صلى اللـه عليـه وسلم طلق حفصة ثم راجعها » ٠

وجه الاستدلال بهذا الحديث ٠ أنه يدل على أن الأصل فى الطلاق الاباحة لأن طلاق النبى صلى الله عليه وسلم لحفصة لم يكن لريبة ولا كبر سن ولأن النبى صلى الله عليه وسلم لا يفعل شيئا محظورا (١) ٠

وقد اعترض على هذا الدليل بأنه غير منتج لأنه لا يمكن أن يكون طـلاق النبى صلى الله عليـــه وسلم لحفصة بدون سبب يقتضيه صونا لفعله عن العبث ، بل لابد أن يكون طلاقه لها صادرا عن ضرورة ألجأته الى ذلك ٠ الا أنه لم ينقل الينـــا (٢) وعلى هذا فالحديث يدل على جواز الطلاق اذا كـــان لمصلحة وأنه لا ينافى الكمال (٣) ٠

ثالثا - فعل الصــحابة :

استدل هذا الفريق بفعل الصحابة رضـوان الله عليهم أجمعين ٠ فانهم كانوا يطلقون من غير نكير عليهم ٠ من ذلك أن عمـر رضى الله عنـــه طلق أم عاصم ٠ وعبـــد الرحمن بن عوف طلق تماضر ٠ والمغيـرة بن شعبة كان له أربع نسوة فأقامهن بين يديه صفا وقال : أنتن حسان الأخـلاق ناعمـــات الأرداف طويلات الأعناق اذهبن فأنتن طلاق ٠ وكان الحسن بن على رضى الله عنهما يكثر من الطلاق (٤) فهذا يقتضى اباحة الطلاق ٠

وأجيب عن هذا الدليل بأنه غير منتج للمدعى ٠ اذ ليس من المعقول أن يطلق صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم زوجاتهم بدون سبب يقتضى الطلاق ٠ فقد يكون السبب أمرا نفسيا لا يمكن الاطلاع عليه وقد يكون غيـر ذلك من الأسباب المبيحة له والتى ألجأتهم اليه حينئذ ٠ وهذا هو المستساغ

---

(١) البحر الرائق جـ ٣ ص ٢٣٦ ٠
(٢) حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٤٥١ ٠
(٣) حاشية السندى على ابن ماجه جـ ١ ص ٣١٨ ٠
(٤) المبسوط جـ ٦ ص ٣ والزيلعى جـ ٢ ص ١٨٩ ٠

عقلا صونا لفعلهم عن العبث لا سيما وانهم القدوة لنا . قال صلى الله عليه وسلم : « أصحابى كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم » . فضلا عن أنه لم يرد أثر صحيح يتضمن أن صحابيا طلق زوجته لمجرد الخلاص منها وكانت الحال بينهما مستقيمة ولو كان لنقل الينا (١) .

رابعا ـ القيـــاس :

استدل هذا الفريق بالقياس . فقاس الطلاق على الاعتاق بجامع ازالة الملك فى كل . لأنه يرى أن الطلاق ازالة بطريق الاسقاط فيكون مباحا فى الأصل كالاعتاق (٢) .

وقد اعترض على هذا الدليل بعدم صلاحيته للاحتجاج به لأنه قياس مع الفارق . من حيث أن الاعتاق أمر مندوب اليه من الشارع وقد حث عليه فى مواضع كثيرة من الكتاب العزيز . من ذلك قوله تعالى : « ليس البر أن تولوا وجوهكم قبل المشرق والمغرب » الى قوله : « والسائلين وفى الرقاب » (٣) وقوله تعالى : « فك رقبة » (٤) فقد حث جل شأنه فى هاتين الآيتين على الاعتاق . وكذلك السنة فقد رغبت فى الاعتاق . جاء فى صحيح مسلم (٥) عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من أعتق رقبة مؤمنة أعتق الله بكل ارب (٦) منها اربا من النار » فهذا الحديث يحث على الاعتاق بخلاف الطلاق فان الشارع لم يرغب فيه كالاعتاق بل على العكس فقد نفر منه وأرشد الى اتخاذ الوسائل التى تحافظ على بقاء الأسرة واستمرارها فى الحياة فقال عز وجل : « واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن (٧) » وقال تعالى : « وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا

---

(١) فتح القدير جـ ٣ ص ٢٢ وحاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٤٥١ .
(٢) المبسوط جـ ٦ ص ٣ .
(٣) الآية رقم ١٧٧ من سورة البقرة .
(٤) الآية رقم ١٣ من سورة البلد .
(٥) صحيح مسلم بشرح النووى جـ ١٠ ص ١٥٠ ، ١٥١ .
(٦) الارب بكسر الهمزة وسكون الراء العضو من أعضاء الانسان .
(٧) الآية رقم ٣٤ من سورة النساء .

حكما من أهله وحكما من أهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما » (١) وقال تعالى : « وان امرأة خافت من بعلهـا نشوزا أو اعراضا فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا والصلح خير » (٢) فهذه الآيات واضحة الدلالة فى أن الطلاق لا يجوز الاقدام عليه الا اذا كانت هنـاك ضرورة ملحة تقتضيه لأنه يكون حينئذ هو العلاج الناجع الذى لا علاج بعده يصلح دواء لهذا الداء ٠

ثانيا ـ رأى الفريق القائل بأن الأصل فى الطلاق الحظر :

يرى هذا الفريق من الفقهاء وهم الجمهور (٣) أن الأصل فى الطـلاق الحظر والمنع ولا يباح الا عند وجود ما يقتضى اباحته من سوء عشرة الزوجة أو سوء خلقها أو غير ذلك من الأسباب التى تعتبر مبررا لانهـــاء الحيـاة الزوجية ٠ أما اذا طلق الزوج بغير مبرر مع استقامة الحال بينهما والتئـام الأخلاق فان هذا الطلاق يكون مكروها وفى رواية عن القـاضى أبو يعلى من فقهاء الحنابلة أنه يكون محرما لأن الزوج حينئذ يكون قد أضر بنفسه وزوجته وأعدم المصلحة القائمة بينهما من غير حاجة الى الطلاق فكان حراما كاتلاف المال لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار » (٤) ٠

وقد استدل هذا الفريقبالكتاب والسنة والمعقول ٠

أولا ـ الكتـــــاب :

قال تعالى : « فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ان الله كان عليـــا كبيرا » (٥) ٠

---

(١) الآية رقم ٣٥ من سورة النساء ٠
(٢) الآية رقم ١٢٨ من سورة النساء ٠
(٣) فتح القدير جـ ٣ ص ٢٢ والبـــدائع جـ ٣ ص ٩٥ وشرح الزرقانى جـ ٤ ص ٦٤ ٠ ونهاية المحتاج جـ ٦ ص ٤١٤ وكشاف القناع جـ ٣ ص ١٣٩ وجواهر الكلام جـ ٤ باب الطلاق ٠
(٤) المغنى جـ ٨ ص ٢٣٤ ٠
(٥) الآية رقم ٣٤ من سورة النساء ٠

وجه الاستدلال بهـذه الآية أن لفظ « سبيل » فكرة فى سـياق الشرط فتفيد العموم فاذا كانت الزوجة مطيعة فلا يبغ الزوج عليها سبيلا ما ٠ لا ضربا ولا شتما ولا طلاقا ٠ لأن الله جل شأنه نهى الأزواج فى هذه الآية عن ظلمهم لزوجاتهم اذا كن مطيعات ٠ والنهى يقتضى للتحريم ٠ وبناء على هذا يكون الطـلاق بغير سبب حراما لا مباحا ٠ وفى هـذا يقول ابن عابدين (١) عقب ذكره للآية : « أى لا تطلبوا الفراق » ٠

ثانيا ـ السـنة :

١ ـ روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لعن الله كل ذواق مطلاق » (٢) أوجه الاستدلال بهذا الحديث أن اللعن ينصب على المكثـر من الطلاق والمراد باللعن هنا الطرد والابعاد من رحمة الله ولا يكون الا لمن ارتكب أمرا محظورا ٠ فدل الحديث على أن المطلق بدون سبب قد ارتكب أمرا محظورا هذا بالنسبة للمكثر من الطلاق فالمقل منه لا يقل عن أن يكون طلاقه مكروها ٠

٢ ـ وفى مسند البزار من حديث أبى موسى عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا تطلق النسـاء الا من ريبـة ، ان الله لا يحب الذواقين ولا الذواقات » (٣) ٠

وجه الاستدلال بهـذا الحديث ٠ انه صريح فى النهى عن الطـلاق الا لريبـة ٠ ومعنى ذلك أنه لابد من وجود حاجة تقتضى الطـلاق ٠ فان عدمت الحاجة فالطلاق منهى عنه والأصل فى النهى للتحـريم ولا ينصـرف الى الكراهية الا لقرينة ٠ واذا اعتبرنا أن التعبير « بأن الله لا يحب ٠٠٠٠٠ » قرينة صارفة ـ وهى كذلك ـ للنهى عن التحريم الى الكراهية فان الطـلاق من غير ضرورة تقتضيه يكون على أقل تقدير مكروها ٠

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٤٥١ ٠ والقرطبى جـ ٥ ص ١٧٣ ٠
(٢) الألوسى جـ ٩ ص ٩٥ وفتح القدير جـ ٣ ص ٢٢ ٠
(٣) تهذيب ابن القيم على مختصر سنن أبى داود جـ ٣ ص ٩٢ ٠

٣ ـ جاء فى نيل الأوطار (١) عن ثوبان قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة » رواه الخمسة الا النسائى ٠

وجه الاستدلال بهذا الحديث أنه يدل على أن الطلاق من غير حاجة اليه محظور لأن النبى صلى الله عليه وسلم قد توعد من سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس بأن كانت الأخلاق بينهما ملتئمة والحال مستقيمة بحرمانها من رائحة الجنة ٠ وكفى بذنب يبلغ بصاحبه الى ذلك المبلغ ٠

٤ ـ جاء فى سنن البيهقى وابن ماجه (٢) عن محارب بن دثار عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما قال : قال النبى صلى الله عليه وسلم : « أبغض الحلال الى الله الطلاق » وفى رواية أخرى عنه : « ما أحل الله شيئا أبغض اليه من الطلاق » (٣) ٠

وجه الاستدلال بهذا الحديث أنه يدل على أن الطلاق مبغوض عند عدم الحاجة اليه ومباح عند تحققها ٠ قال الكمال بن الهمام (٤) المراد من المباح فى الحديث ما أبيح فى بعض أوقات تحقق الحاجة وبناء على هذا فلا منافاة بين كون الطلاق مباحا ومبغضا لأنه يباح عند وجود ما يقتضى اباحته ويكون مبغوضا عند عدم تحقق الحاجة الداعية اليه ٠

---

(١) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٢٠ ٠

(٢) سنن البيهقى جـ ٧ ص ٣٢٢ وسنن ابن ماجه جـ ١ ص ٣١٨ ٠

(٣) سنن البيهقى جـ ٧ ص ٣٢٢ ٠ وقد روى الدارقطنى هذه الرواية عن معاذ بن جبل عن النبى صلى الله عليه وسلم وفيه حميد بن مالك وهو ضعيف (يراجع تهذيب ابن القيم على مختصر سنن أبى داود جـ ٣ ص ٩١ ، ٩٢) وقال الماردينى فى الجوهر النقى حديث محارب عن ابن عمر أخرجه الحاكم فى المستدرك من طريق ابن أبى شيبة موصولا ثم قال صحيح الاسناد وقد أيده رواية محمد بن خالد الموصولة وأخرجه ابن ماجه عن طريق عبد الله بن الوليد الوصافى عن محارب موصولا فهذا يقتضى ترجيح الوصل (سنن البيهقى جـ ٧ ، ص ٣٢١ ، ٣٢٢) ٠

(٤) فتح القدير جـ ٣ ص ٢٢ ٠

والذى نخلص اليه من ذلك أن الحديث يدل على أن الطلاق مشروع من جهة فى حالة تحقق الأسباب الداعية الى التفريق بين الزوجين ومحظور من جهة أخرى فى حالة عدم وجود ما يقتضيه • ولا منافاة فى اجتماع المشروعية والحظر لاختلاف الحيثية كالصلاة فى الأرض المغصوبة فان الصلاة مشروعة وأما الحظر فمن حيث أنها أقيمت فى أرض مغصوبة فقد اجتمعت المشروعية والحظر فى أمر واحد (١) •

ثالثا - المعقـــول :

استدل هذا الفريق بالمعقول وهو أن الزواج نعمـــة من نعم الله على عباده لكونه وسيلة الى مصالح الدين والدنيا • قال تعالى : « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة » (٢) والطلاق كعنوان لهذه النعمة وكفران النعم حرام من حيث أنه يقطع النكـاح المسنون ويفوت المصالح المترتبة عليه مما يكون له أثر سيىء قد يضر بالأسرة والمجتمع • لذا كان الأصل فيه الحظر والكراهية ولا يباح الا عند الضرورة الملحة (٣) •

رأينا فى هذا الموضوع وما نرجحه :

ان الشارع الحكيم شرع الطلاق وجعله حقا للزوج أو نائبه يستعمله عند تحقق الحاجة الباعثة عليه ثم رسم له المنهج المتضمن لقيود التى تحد من ايقاعه تضييقا لدائرته من حيث أنه أبغض الحلال الى الله تعـــالى • فاشترط فى المطلق العقل والبلوغ والقصد والاختيار كمـا أنه اشترط عنـــد ايقاع الطلاق مراعاة الوقت والعدد والوصف •

وقد حث الله عز وجل الأزواج على امساك زوجاتهم مع كراهتهم لهن

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٤٥٠ ومنحة الخالق على البحرالرائق جـ ٣ ص ٢٣٧ •
(٢) الآية رقم ٢١ من سورة الروم •
(٣) المبسوط جـ ٦ ص ٢ والبدائع جـ ٣ ص ٩٥ •

فقال تعالى : « وعاشروهن بالمعروف فان كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا » (١) فقد بينت هذه الآية أن الخيرة ربما كانت فى الصبر على ما نكره (٢) وكذلك السنة جاء فى صحيح مسلم (٣) عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا يفرك (٤) مؤمن مؤمنة ان كره منها خلقا رضى منها آخر » فهذا الحديث يرشدنا الى أنه ينبغى على الزوج أن لا يبغض زوجته بغضا كليا يحمله على طلاقها ٠ بل ينبغى له أن يغفر سيئتها لحسنتها ويتغاضى عما يكره لما يحب (٥) وفى هذا المعنى يقول ابن العربى ان أبا بكر بن عبد الرحمن قال : كان الشيخ أبو محمد بن أبى زيد من العلم والدين فى المنزلة والمعرفة وكانت له زوجة سيئة العشرة وكانت تقصر فى حقوقه وتؤذيه بلسانها فيقال له فى أمرها ٠ ويعذل بالصبر عليها فكان يقول : أنا رجل قد أكمل الله على النعمة فى صحة بدنى ومعرفتى وما ملكت يمينى فلعلها بعثت عقوبة على ذنبى فأخاف ان فارقتها أن تنزل بى عقوبة هى أشد منها ٠

قال علماؤنا : فى هذا دليل على كراهة الطلاق مع الاباحة (٦) وبناء على هذا فاننى أرى أن الراجح هنا هو رأى الفريق القائل بأن الأصل فى الطلاق الحظر لقوة أدلته وضعف ما عداها من أدلة المخالفين ٠ ولاتفاقه مع روح التشريع فى الحد من الطلاق محافظة على الأسرة مادام فى الامكان الابقاء عليها ٠ وفى ذلك يقول ابن عابدين (٧) فاذا كان بلا سبب أصلا لم يكن فيه حاجة الى الخلاص ٠ بل يكون حمقا وسفاهة رأى ومجرد كفران النعمة واخلاص الايذاء بها وبأهلها وأولادها ٠

---

(١) الآية رقم ١٩ من سورة النساء ٠

(٢) الجصاص جـ ٢ ص ١٣٢ ، ١٣٣ ٠

(٣) صحيح مسلم بشرح النووى جـ ١٠ ، ص ٥٨ ٠

(٤) يفرك بفتح الياء والراء واسكان الفاء بينهما بمعنى يبغض يقال فركه بكسر الراء يفركه بفتحها اذا أبغضه ٠

(٥) القرطبى جـ ٥ ص ٩٨ ٠

(٦) القرطبى جـ ٥ ص ٩٨ ٠

(٧) حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٤٥١ ٠

اختلاف أحكام المحاكم فى تقييد الطلاق واباحته :

نشأ عن الخلاف فى أصل الطـلاق خلاف بين المحاكم الوطنيـة وكـانت نتيجته أن القضاء لم يستقر على رأى فى هـذا الشأن ٠ لأن الأحكام التى أصدرتها فى هذا الموضوع لم تكن من التعدد والتوافق بحيث يستبين منهـا اتجاه مخصوص لتقرير مبدأ معين ٠ بل اتجه القضاء فى هـذا الموضوع الى اتجاهين مختلفين : أولهما يقضى بأن الأصل فى الطلاق الاباحة ٠ وثانيهمـا يقضى بأن الأصل فى الطـلاق الحظر والمنع وسنبين كل اتجـاه ومأخذه ٠ والراجح منهما ٠

الاتجـاه الأول :

ذهبت الى هذا الاتجاه محكمة استئناف مصر التى قضت فى حكمهـا الصادر بتاريخ ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٨ (١) بأن « حق الطـلاق مخول فى الشريعة الاسلامية للزوج ولا يترتب على استعماله من الأحكام سوى استحقاق الزوجة المطلقة لمؤخر صداقها ونفقة عدتها التى يراعى فى تقديرها حالة المطلق المالية » وقد جارتها فى ذلك محكمة مصر الابتدائية بحكمها الصادر بتـاريخ ٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ (٢) وبالنظر فيما ذهبت اليه محكمتا الاستئناف ومصر الابتدائيـة يمكننا أن نستنبط المبدأ التالى : وهو أن الطـلاق حق مطلق للزوج ٠ ونحن نرى أن هذا المبدأ قد جانب الصواب لأخذه بالرأى المرجوح وهو رأى الفقهاء القائلين بأن الأصل فى الطـلاق الاباحة وتركه الأخـذ بالرأى الراجح وهو رأى جمهور الفقهاء القـائلين بأن الأصل فى الطـلاق الحظر ولا يباح الا عند الضرورة ٠

الاتجـاه الثانى :

ذهبت الى هذا الاتجاه بعض المحاكم الابتدائية فيما أصدرته من أحكام قضت فيها بأن الأصل فى الطلاق الحظر والمنع ولا يباح الا عند الحاجة اليه٠ فهو ليس مباحا للزوج اباحة مطلقة ٠ وانما هو حق مقيـد ليس للزوج أن يستعمله الا اذا تحققت الحاجة الداعية اليه ، فاذا أوقع الزوج الطـلاق بغير

---

(١) المحاماة س ٨ ص ٤٩٧ ٠

(٢) المحاماة س ١٠ ص ٢٥٦ ٠

سبب يكون مسيئا فى استعمال حقه ويلزم بتعويض الضرر الناتج عنه سواء كان الضرر أدبيا أو ماديا (١) ٠

وبالنظر فيما ذهبت اليه المحاكم الابتدائية يمكننا أن نستنبط مبدأين ٠

---

(١) حكم محكمة مصر الكلية فى ٢٠ يناير سنة ١٩٢٦ مجلة القضاء الشرعى س ٣ ع ٧ ، ٨ ص ٣٨٩ وحكم محكمة شبين الكوم الكلية فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة س ١١ ص ٥٤٠ ٠

ونذكر هنا ملخصا لحكم محكمة مصر الكلية : تتلخص وقائع هذه القضية فى أن سيدة كانت تعمل بالتدريس وتتقاضى مرتبا قدره ١١ جنيها شهريا ٠ وقد عرض عليها المدعى عليه الزواج فترددت فى قبول عرضه لعلمها أنه يجب عليها قانونا عند قبولها الزواج منه استقالتها من مهنة التدريس ٠ وأخيرا قبلت الزواج منه وقدمت استقالتها وفى أكتوبر سنة ١٩٢٤ تم العقد ودخل بها ٠ ولم يمض على هذا الزواج الا مدة وجيزة حيث طلقها المدعى عليه فى ديسمبر سنة ١٩٢٤ ٠ فرفعت المدعية دعواها مطالبة المدعى عليه بأن يدفع لها مبلغ خمسة آلاف جنيه بصفة تعويض لأن هذا الطلاق قد أضر بها ماديا وأدبيا (والمقصود من الضرر الأدبى أن تكون ملابسات الطلاق مثيرةللظنون حول سمعة المطلقة ٠ أما الضرر المادى ٠ فالمقصود منه أن تكون المطلقةتمارس عملا تكتسب منه قبل زواجها وتركته بسبب الزواج) ٠

وجاء فى حيثيات الحكم : وحيث انه لا نزاع فى أن الزوجين المسلمين يعلمان حق العلم ما تقتضيه الشريعة الغراء فى أن الطلاق سبب لزوال عقد النكاح ٠ ولكن روح الشريعة السمحة لا تقبل السماح بالطلاق جزافا ٠ لأن الزواج لم يقصد به الاستمتاع الشهوانى فقط ٠ بل الغرض أسمى وأشرف من ذلك ، هو تكوين العائلة وايجاد الرابطة والألفة بين الزوجين وأهلهما مما يترتب عليه دوام العمران ٠ ولكنه قد تعتريه أمور قد تكون فوق طاقة الزوجين فقضت حكمة الله وجود مشروعية الطلاق فهو اذن حق مشروع ولكن للضرورة ٠ وليس من الايمان أن يتزوج شخص بامرأة ولو لغير سبب يطلقها فهو باستعماله ذلك الحق الذى أعطى له يكون قد أساء الى الحق والى نفسه والى غيره وليس لصاحب الحق أن يسىء الى الغير باستعماله ما خول له من الحقوق ٠٠٠٠ وحيث ان المدعية لا شك قد نالها ضرر من جراء عمل المدعى عليه فالمحكمة ترى مع المدعية أحقيتها فى طلب التعويض ضمانا لها من الضرر بسبب سوء استعماله هذا الحق ٠ ثم قضت المحكمة بالزام المدعى عليه بأن يدفع للمدعية مبلغ ألف جنيه بصفة تعويض ٠

الأول : أن الطلاق حق مقيد بتحقق الحاجة الداعية اليه ٠

ونحن نرى أن هذا المبدأ صحيح شرعا لأخذه برأى جمهور الفقهاء الذين يرون أن الأصل فى الطلاق الحظر ٠

والثانى : أن الطـــلاق بدون مبرر يقتضيه يترتب عليـــه الزام المطلق بتعويض الضرر الناتج عن الطلاق ٠

ونحن نرى أن هذا المبدأ يتفق ومذهب الظاهرية الذين يرون أن المتعة واجبة لكل مطلقة دخل بها الزوج أو لم يدخل فرض لها شيئا أو لم يفرض ٠ ويجبره الحاكم على ادائها أحب ذلك أم كره عملا بقوله تعالى : « وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين » وقوله تعالى : « ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين » فانهم يرون أن الله جل شأنه قد عم كل مطلقة ولم يخص وأوجب المتعة على كل متق يخاف الله تعالى ٠ ولا يسقط التمتع عن المطلق مراجعته لمطلقته فى العدة ولا موته ولا موتها والمتعة لها أو لورثتها من رأس ماله (١) ٠

رأينـــا فى التعويض :

والذى ينبغى اختياره والعمـــل به — على ما نرى — أن الزوج اذا طلق زوجته بغير سبب يقتضى الطلاق بأن لم تكن هناك ضرورة تلجئه الى هـــذا الطلاق ٠ فانه يكون مسيئا فى استعماله لحق الطلاق متجنيا على زوجتـــه من حيث انه قد فوت عليها الطمأنينة على نظام حياتها فى كنف زوج يرعاها ويحافظ عليها ٠ فالقضاء لها بالتعويض حينئذ واجب لجبـــر الصدع الـــذى أصابها من الطلاق بلا جريرة ارتكبتها تمشيا مع القول بأن الأصل فى الطلاق الحظر ٠ كمـــا أن فى الزام المطلق — بلا سبب — بالتعـــويض ردعا للازواج المستهترين الذين يقدمون على الطلاق بلا موجب سوى الرغبـــة فى التزوج

---

(١) المحلى جـ ١٠ ، ص ٢٤٥ ٠

بأخرى أجمل من المطلقة أو جريا وراء امرأة غنية طمعا فى مالها الى غير ذلك من الأمثلة التى مبناها الأنانية • وأمثال هـؤلاء هم الذين يسيئون الى الشريعة الاسلامية فالزامهم بالتعويض ربما يكون علاجا يمنعهم من الاقدام على الطلاق بلا سبب يستوجبه •

كما نرى أن التعويض لا يتناول كل صور الطلاق • فالطلاق بحكم القاضى بناء على طلب الزوجة وكذلك الطلاق برضا الزوجة لا تعويض فيه• وانما يجب التعويض للزوجة المدخول بها فى زواج صحيح اذا طلقها زوجها بدون رضاها ولم تكن هناك اساءة من قبلها فانها تستحق حينئذ ـ سوى نفقة عدتها ـ متعة تقدر بنفقة سنة ويعتبر فى تقديرها حال الزوج يسارا واعسارا•وتدفع على أقساط شهرية ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك وقد أخذ بمبدأ التعويض القانون السورى فقد نص فى المادة (١١٧) على أنه اذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضى أن الزوج متعسف فى طلاقها وأن الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقة ، جاز للقاضى أن يحكم لها على مطلقها بتعويض لا يتجاوز نفقة سنة فوق نفقة العدة وللقاضى أن يجعل دفع التعويض جملة أو مشاهرة حسبما يرى •

أما القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعمول به حاليا فى جمهورية مصر العربية فقد خلا من النص على التعويض •

المبحث الثانى

فى حكم الطلاق

الطلاق تصرف من التصرفات الشرعية التى تصدر عن الزوج فهو فعل الزوج المكلف • وكل فعل صادر عن مكلف له حكم شرعى • والحكم يطلق ويراد به أحيانا أثر التصرف الثابت به وهو ما عبر عنه الفقهاء بالاختصاصات الشرعية المترتبة على العقود والفسوخ • فيقال : حكم البيع ثبوت الملك فى الثمن للبائع وثبوت الملك للمشترى فى المبيع ؛ وحكم

الاجارة ملك المنفعة وملك الأجرة · وحكم الطلاق زوال الملك عن المحل ونقصان عدد الطلقات التى يمتلكها الرجل على امرأته · وقد عبر بذلك الزيلعى (١) فى شرح الكنز حيث قال : « **وحكمه وهو زوال الملك عن المحل مع انتقاص العدد** » فهذه الآثار المترتبة على التصرفات شرعية لأن الشارع هو الذى حكم بثبوتها ·

ويطلق الحكم ويراد به ما اقتضاه خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين من وجوب وحرمة وندب وكراهة واباحة (٢) ·

---

(١) الزيلعى جـ ٢ ص ١٨٨ ·

(٢) ذهب الى هذا التقسيم الأصوليون · وعلى هذا · **فالواجب :** هو ما طلب الشارع فعله على وجه الحتم والالزام سواء أكان ذلك مستفادا من صيغة الطلب نفسها أو من قرينة خارجية · وبهذا قال الجمهور · أما الأحناف فلهم اصطلاح يخالف ذلك · وهو أن الواجب ما ألزم الشارع المكلف به وثبت الالزام بدليل ظنى فيه شبهة كصدقة الفطر والأضحية أما ما ألزم الشارع المكلف به وثبت الالزام بدليل قطعى لا شبهة فيه كالآية القرآنية أو السنة المتواترة فيطلقون عليه اسم الفرض كالصلوات الخمس والحج ·

والمندوب : هو ما طلب الشارع فعله من غير الزام ولا ذم على تركه · كقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه » (الآية ٢٨٢ من سورة البقرة) فان الأمر بكتابة الدين فى هذه الآية للندب لقيام القرينة الصارفة له عن ذلك وهى قوله : « فان أمن بعضكم بعضا فليؤد الذى أؤتمن أمانته » (الآية ٢٨٣ من سورة البقرة) ·

والحرام : ما طلب الشارع تركه على وجه الحتموالالزام وذلك بأن يكون اللفظ الذى يدل على المنع من الفعل هو لفظ الحرمة أو نفى الحل أو صيغة من صيغ النهى التى لم يقم دليل يصرفها عن ارادة التحريم الى غيره · كقوله تعالى : « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم » (الآية ٢٣ من سورة النساء) ·

والمكروه : هو ما طلب الشارع تركه لا على وجه الحتم والالزام · وبعبارة أخرى ما كان تركه أولى من فعله · كقول النبى صلى الله عليه وسلم : (كره لكم قيل وقال وكثرة السؤال واضاعة المال) ·

والمباح : هو ما خير الشارع المكلف بين فعله وتركه ويكون ذلك بتصريح الشارع بالحل كقوله تعالى : « اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم » (الآية رقم ٥ من سورة المائدة) أو بالنص على نفى الاثم كقوله تعالى : « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه ان الله غفور رحيم » (الآية رقم ١٧٣ من سورة البقرة) ·

يراجع : أصول الفقه الاسلامى للاستاذ زكى الدين شعبان من ص ٢٢٩ الى ص ٢٤٣ ·

وقد أطلق بعض الفقهاء على هــذا النوع من الحــكم اسم الوصف الشرعى ٠ من ذلك ما قاله الكمال بن الهمام فى الطلاق (١) ٠ وأما وصـفه فهو أبغض المباحات الى الله تعالى ، والـذى نقصده هنـا هو بيـان النوع الثانى من أنواع الحكم . ولما كان الطلاق فعلا من أفعال المكلفين وقد ورد فيه خطاب الشارع فأثر الخطـاب فيه يجعـله لا يخلو من وصف شرعى حسب مدلول الخطاب من اقتضاء الفعل أو الترك لذا فان الفقهاء قـد اتفقوا على أن الطلاق تعتريه الأحكام التكليفية الأربعة من الوجوب والنـدب والتحـريم والكراهة (٢) لأن كل فعل من أفعال المكلف لا يخلو من أحد هذه الأوصاف ٠ الا أن الفقهاء يختلفون فى وصفه بالنظر الى الحال الواحدة ٠ وسنقتصر هنا على التمثيل لبعض ما يتحقق فيه أحد هذه الأحكام الأربعة ٠

أولا ـ الواجب :

يكون الطلاق واجبا اذا فات الامساك بالمعروف كما فى امرأة المجبوب والعنين بعد الطلب (٣) وكذلك طلاق المولى اذا لم يرد الوطء بعـــد التربص أربعة أشهر ويكون الطلاق واجبــا اذا استحكم الشــقاق بين الزوجين واستعصى على الحـكمين ازالتـــه واعــادة الوئام بينهمـــا فان رأيا التفريق بينهمـــا كان الطلاق حينئـذ واجبــا (٤) لدفع الضـــرر عنهمـا عملا بقـــول النبى صلى الله عليـــه وسلم : « لا ضـرر ولا ضــرار » لأن هذا الحديث وان كان اخبــارا فى اللفظ الا أنه أمر فى المعنى أى لا يضـر

---

(١) فتح القدير جـ ٣ ص ٢٢ ٠

(٢) شرح تنوير الأبصار جـ ٢ ص ٤٥٠ والشرح الكبير جـ ٢ ص ٣٦١ ونهاية المحتاج جـ ٦ ص ٤١٤ ٠ والمهذب جـ ٢ ص ٧٩ وكشاف القناع جـ ٣ ، ص ١٣٩ والبحر الزخار جـ ٣ ص ١٥٢ وجواهر الكلام جـ ٤ باب الطلاق ٠

(٣) البحر الرائق جـ ٣ ص ٢٣٧ وحاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٤٥١ ٠

(٤) نهاية المحتاج جـ ٦ ص ٤١٤ وكشاف القناع جـ ٣ ص ١٣٩ والبحر الزخار جـ ٣ ص ١٥٢ وجواهر الكلام جـ ٤ باب الطلاق وفتح البـــارى جـ ٩ ص ٢٧٦ ٠

بعضكم بعضا والأمر يقتضى الوجوب فاذا وجب عـدم الاضرار كان الطلاق حينئذ واجبـا ٠

ثانيا ـ المنـــدوب :

يكون الطلاق مندوبا اليـــه اذا كانت الزوجة سليطة اللســان مؤذية لزوجها أو لأهله او لغيرهم بقولها أو فعلهـا (١) وكـذلك اذا كانت تاركة للصلاة (٢) لا تقيم حدودالله تعـالى (٣) وكذلك الأمر اذا عجـز الزوج عن القيام بحقوقها أو انعدام ميله اليها ٠ أو كانت الزوجة غير عفيفة (٤) أو خيف عدم اقامة حدود الله بينهما (٥) ٠

ثالثا ـ الحـــرام :

يكون الطلاق محرما مى الأحوال التى نهى الشارع عن الطلاق فيها كأن تكون الزوجة فى وقت حيضها أو نفاسها أو فى طهر حصل فيه جماع وبذلك قال الأئمة الأربعـــة والزيدية والشـيعة الامامية (٦) الا أن المالكية يرون أن الطلاق الواقع فى طهر المجامعة مكروه وليس بحرام (٧) ٠

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٤٥١ والبحـر الرائق جـ ٣ ص ٢٣٧ وحاشية الدسوقى جـ ٢ ص ٣٦١ ٠

(٢) هذا يفيد جواز معاشرة من لا تصلى ولا اثم على الزوج بل عليهـا لذا قالوا فى الفتاوى : له أن يضربها على ترك الصلاة (يراجع البحر الرائق جـ ٣ ص ٢٣٧) ٠

(٣) البحر الرائق جـ ٣ ص ٢٣٧ وكشاف القناع جـ ٣ ص ١٣٩ ٠

(٤) نهاية المحتاج جـ ٦ ص ٤١٤ وحاشية القليوبى جـ ٣ ص ٣٢٣ ٠

(٥) البحر الزخار جـ ٣ ص ١٥٢ وجواهر الكلام جـ ٤ باب الطلاق ٠

(٦) شرح تنوير الأبصار على ابن عابدين جـ ٢ ص ٤٥١ والبحر الرائق جـ ٣ ص ٢٣٧ والشرح الكبير جـ ٢ ص ٣٦١ ونهاية المحتاج جـ ٦ ص ٤١٤ وكشاف القناع جـ ٣ ص ١٣٩ ٠

(٧) الشرح الكبير جـ ٢ ص ٣٦١ ٠

رابعا - المكـــروه :

يكون الطلاق مكروها اذا كانت الحال بين الزوجين مستقيمة والأخلاق ملتئمة وكان كل واحد منهما مؤديا حق صاحبه ولم تكن هنـــاك حاجة الى الطلاق (١) وقال القاضى من الحنابلة (٢) اذا كان الطـلاق من غيــر باعث يدعو اليه ففيه روايتان : **احداهما :** أنه حرام لأن الزوج قـــد أضر بنفسه وزوجه وأعدم المصلحة القائمة بينهما من غير حاجة الى الطلاق فكان حـراما كاتلاف المال لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرارا » . **والثانية** : انه مباح لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « أبغض الحلال الى الله الطلاق » وانما يكون مبغوضا من غير حاجة اليـــه وقد سـماه النبى صلى الله عليه وسلم حلالا ولأنه مزيل للنكاح المشتمل على المصالح المندوب اليها فيكون مكروها .

---

(١) شرح الزرقانى ج ٤ ص ٦٤ ونهاية المحتاج ج ٦ ص ٤١٤ ، وكشاف القناع ج ٣ ص ١٣٩ والروض النضير ج ٤ ص ١٠٠ ، وجواهر الكلام ج ٤ باب الطلاق .

(٢) المغنى ج ٨ ص ٢٣٤ .

الباب الثانى

فيمن يملك حق الطـــلاق

ويشتمل على ثلاثة فصول :

الفصل الأول

فى ملكية الزوج لحق الطلاق ، والحكمة من ذلك

ويشتمل على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : فى ملكية الزوج لحق الطلاق ،

والمبحث الثانى : فى حكمة قصر الطلاق على الرجل ،

والمبحث الثالث : هل يجوز تقييد الطلاق وجعل ايقاعه أمام القاضى ؟

الفصل الثانى

فى الانابة فى الطـلاق

ويشتمل على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : فى نيابة الولى عن الزوج فى ايقاع الطلاق ،

والمبحث الثانى : فى التوكيل بالطلاق ،

والمبحث الثالث : فى التفويض بالطلاق ،

الفصل الثالث

فى شروط من يوقع الطـــلاق

ويشتمل على أربعة مباحث :

المبحث الأول : فى شرط البلوغ والآثار المترتبة على مخالفته ،

والمبحث الثانى : فى شرط العقل والآثار المترتبة على مخالفته ،

والمبحث الثالث : فى شرط الاختيار والآثار المترتبة على مخالفته ،

والمبحث الرابع : فى شرط القصد والآثار المترتبة على مخالفته ،

الفصل الأول

المبحث الاول

فيمن يملك حق الطــلاق

شرع الله سبحانه وتعالى الطلاق للحكمة المقصودة منه وهى انهــاء الحياة المشتركة بين الزوجين بسبب ما يطرأ عليها من تباين الأخلاق وتنافر الطباع اذا تعذر استمرارها على الوجه الذى ينبغى أن تكون عليه من السكن والرحمــة ٠

ومع هذا فان الله جل شأنه لم يجعل الطلاق حقــا شــائعا مشتركا بين الرجل والمرأة ٠ باعتبــار أن عقد الزواج قد انعقــد بارادتين ـ ارادة الرجل وارادة المرأة أو من ينوب عنها ـ وهو الشأن فى كل عقد يكون بين طرفين ٠ بل استثنى الطلاق من سائر التصرفات التى تترتب آثارها على متعاقدين ٠ فجعله بيــد الرجل وحــده ينفرد بايقــاعه دون التوقف على رضى المرأة وقبولها (١) ٠

وقصر هذا الحق على الزوج يدل على أنه حق مقيد بأصل تشريعه ٠ يدل على ذلك الكتاب والسنة ، أما الكتاب فقد جاء فى كثير من آيات الكتــاب العزيز ما يدل على أن الطلاق حق للزوج دون غيره ٠

---

(١) ومع هذا فان الشارع الحكيم لم يترك الرجل يوقع الطلاق فى أى وقت شاء وأى عدد أراد بل رسم له الطريق الذى يجب أن يسلكه ووضع له منهجا يتضمن استعمال حقه دون الاضرار بغيره وهذا المنهج يتضمن القيود الواجب توافرها فى الطلاق وهذه القيود متنوعة منهــا ما هو خاص بالوقت الواجب على الزوج مراعاته عند ايقاع الطلاق ومنهــا ما هو خاص بالعــدد الذى يوقعه الزوج وصفته ومنها قيد الاشهاد على الطلاق ٠

من ذلك قوله تعالى : « واذا طلقتم النســـاء فبلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرارا لتعتــدوا » (١) وقوله تعالى : « واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن ان ينكحن أزواجهن اذا تراضوا بينهم بالمعروف » (٢) وجه الاستدلال بالآيتين ظاهر حيث وقع الخطاب فيهما للرجال دون غيرهم فى قوله تعالى : « واذا طلقتم » وكــذلك الأمر بالامساك فى قوله تعالى : « فامسكوهن » والنهى عن العضل فى قوله: « فلا تعضلوهن » والأصل أن يختص الخطاب بمن صدر اليه وهو هنا الرجال دون النساء لأن الخطاب موجه اليهم ٠ والا لما صح نهيهم عن العضل ٠ لأنهم هم الذين يملكون العضل ٠

كما قال تعالى : « لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة » (٣) فهذه الآية تدل على أن الله تعالى قد رفع الجناح عن الزوج اذا طلق زوجته قبل الدخول فالخطاب فيهـــا موجه للازواج وقال تعالى : « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » (٤) فالخطاب فى هذه الآية موجه للزوج لأنه هو الذى يحرم عليه مراجعة زوجته بعد ثلاث قبل زوج آخر ٠

وأظهر من ذلك قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها » (٥) ٠ وقوله تعالى : « ياأيها النبى اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن » (٦) ٠

وأما السنة فقد روى ابن ماجه والدارقطنى عن ابن عباس رضى الله

---

(١) الآية رقم ٢٣١ من سورة البقرة ٠
(٢) الآية رقم ٢٣٢ من سورة البقرة ٠
(٣) الآية رقم ٢٣٦ من سورة البقرة ٠
(٤) الآية رقم ٢٣٠ من سورة البقرة ٠
(٥) الآية رقم ٤٩ من سورة الأحزاب ٠
(٦) الآية رقم ١ من سورة الطلاق ٠

عنهما أنه قال (١) : أتى النبى صلى الله عليه وسلم رجل فقال يارسول الله . سيدى زوجنى أمته وهو يريد أن يفرق بينى وبينها . فقال : فصعد رسول الله صلى الله عليه وسلم المنبر فقال : « يا أيها الناس ما بال أحدكم يزوج عبده أمته ثم يريد أن يفرق بينهما . انما الطلاق لمن أخذ بالساق » (٢) .

فهذا الحديث صريح فى دلالته على أن الطلاق حق للزوج خاصة لأن النبى صلى الله عليه وسلم قصر هذا الحق على الزوج بقوله : « انما الطلاق لمن أخذ بالساق » فدل ذلك على ثبوت هذا الحق للرجال دون النساء . هذا بالاضافة الى انكار النبى صلى الله عليه وسلم على السيد الذى يملك من أمر أمته وعبده ما لا يملك آخر سواه مع أن هذا الانكار كان موضع اهتمام من النبى صلى الله عليه وسلم حتى أنه صعد المنبر وخاطب الصحابة جميعا بذلك . فكان ذلك تأكيدا من النبى صلى الله عليه وسلم لجعل حق الطلاق ملكا للزوج دون غيره (٣) .

---

(١) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٣٨ ، ٢٣٩ .

(٢) رواه ابن ماجه والدارقطنى وأخرجه الطبرانى وابن عدى .

(٣) ولا يخفى أن هذا الحديث من جوامع الكلم . والأحاديث التى هى من جوامع الكلم تسرى فى الحافظة مسرى الأمثال فلا يعتورها تغيير فى المسموع من النبى صلى الله عليه وسلم (يراجع مذكرات المرحوم الأستاذ الزفزاف ص ٨٢) وهذا الحديث روى من طرق يقوى بعضها بعضا وليس فى طريق من الطرق التى روى بها مطعن اللهم الا فى الطريق الذى رواه ابن ماجه فان فى اسناده ابن لهيعة . وقد نقل فيه يحيى بن القطان وجماعة انه ضعيف . وقال ابن معين : ليس بذاك القوى . وهذا جرح مجمل لا يقبل عند بعض أئمة الجرح والتعديل على أن يحيى الحمانى قال فى التذكرة وثقه يحيى بن معين . وقد طعن فيه ابن حبان حيث رماه بالكذب وسرقة الأحاديث وطعن ابن حبان غير مقبول لأن الكثير عدلوه . قال أحمد بن حنبل من كان مثل ابن لهيعة بمصر فى كثرة حديثه وضبطه واتقانه . وقال أحمد ابن صالح : كان ابن لهيعة صحيح الكتاب طلابا للعلم . وقال الشوكانى : ان ابن لهيعة ليس بساقط الحديث فانه امام حافظ كبير أورده الذهبى فى تذكرة الحفاظ (يراجع نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٣٩) وقال ابن القيم : حديث ابن عباس وان كان فى اسناده ما فيه فالقرآن يعضده وعليه عمل الناس (يراجع زاد المعاد جـ ٤ ص ٦٥) .

المبحث الثانى

الحكمة فى قصر الطلاق على الرجل

ان الشارع الحكيم قد بين مكانة الرجل فى الأسرة فقدمه على المرأة وفضله عليها وقد أرشد الى ذلك بقوله تعالى : « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم » (١) والأسرة مجتمع صغير يتألف منه ومن أمثاله المجتمع الكبير ٠ وكل مجتمع لابد له من رياسة وسلطة اليها يرجع وبها يحسم ٠ فاذا عدمت السلطة تعرض المجتمع لافوضى وتصادم الآراء ٠ والرجل أولى الزوجين بأن يعهد اليه بالرياسة ـ وهذا ما تقتضيه نواميس الطبيعة ـ اذ هو الأقوى على تحمل التبعات ٠ والأقوى أجدر بالتقدم على الضعيف ٠ ولما كان الطلاق من الأمور الخطيرة التى تترتب عليها آثار بعيدة المدى فى حياة الأسرة والمجتمع لذا فان الشارع قد جعله بيد الرجل يستقل بايقاعه دون الزوجة ٠ ولم يجعله بيدها لأن الشارع انما يراعى فى التشريع الكثير الغالب من أمور الناس وما هو الشأن فى الرجال والنساء ٠ ولا يراعى الآحاد والجزئيات والحالات النادرة ٠ فالرجل يستطيع أن يقدر الآثار المترتبة على الطلاق حق قدرها ويزن الأمور قبل الاقدام على الطلاق بميزان العقل فهو لا شك أكثر ادراكا وتقديرا لعواقب الأمور من المرأة لأمرين :

الأمر الأول : أن المرأة خلقت على طبائع وغرائز تجعلها أشد تأثرا وأسرع انقيادا لحكم العاطفة من الرجل ٠ وهذه ميزتها وتلك فضيلتها ٠ ولهذا كانت أصلح من الرجل فى جميع المواطن التى تعتمد على قوة العاطفة كتربية الأطفال وتمريضهم وما أشبه ذلك ٠ فاذا غضبت كانت سريعة الانفعال شديدة التأثر فقد تندفع وراء عاطفتها دون مبالاة لما سينجم عن هذا الاندفاع من خير أو شر يصيبها لأنها لا تستطيع التحكم فى عاطفتها كى

---

(١) الآية رقم ٣٤ من سورة النساء ٠

تتدبر عواقب ما تقدم عليه ٠ فلو جعل الطلاق بيدها - وهى على ما وصفنا - لأصبحت الأسرة مهددة بالزوال لأتفه الأسباب وأبسط المنازعات التى لا تخلو منها الحياة الزوجية ٠ ومعهذا فاننا لا ننكر أن من النساء كثيرات هن ذوات عقل واناة يحسن ضبط النفس حين الغضب ٠ بل ويفضلن الرجال ٠ كما أن من الرجال من هو أشد تأثرا وانفعالا أكثر من النساء لأن الحمق يغلب عليهم فيخضعون لسلطان الغضب ٠ الا أن هذا غير معتبر اذا علمنا أن الأحكام فى التشريع تبنى على الأعم الأغلب من أحوال الناس لا على الآحاد والجزئيات وما يكون نادرا ٠

الأمر الثانى : ان للطلاق تبعات مالية تترتب عليه ويلزم بها الزوج من حلول مؤخر الصداق ووجوب نفقة العدة ٠ والمتعة لمن تجب لها من المطلقات فضلا عن تسبب الطلاق فى ضياع الأموال التى تكبدها الزوج فى سبيل اتمام الزواج الذى سيفصم بانطلاق ٠ كما أنه قد يحتاج بعد الطلاق الى مال جديد لانشاء زوجية أخرى ٠ هذه الأمور من شأنها أن تحمل الرجل على التروى والتبصر فى عواقب الأمور قبل الاقدام على الطلاق ٠ بل انها تجعل الرجل حريصا على استمرار الحياة الزوجية مع تحمله لهنات المرأة والتغاضى عن أخطائها خصوصا اذا كان له منها نسل محافظة على اسعاده ، فالرجل اذن لا يقدم على الاطلاق الا عند الضرورة الملجئة لانهاء زواج فاشل لا يحقق الغرض المقصود منه ٠

وفى هذا يقول الكاسانى (١) : ان الشارع شرع الطلاق وفوضه الى الزوج لاختصاصه بكمال العقل والرأى ٠ ويقول كمال بن الهمام (٢) : ومن محاسن الطلاق جعله بيد الرجال دون النساء لاختصاصهن بنقصان العقل وغلبة الهوى ولذلك ساء اختيارهن وسرع اغترارهن ٠

---

(١) البدائع ج ٣ ص ١١٢ ٠
(٢) فتح القدير ج ٣ ص ٢٢ ٠

وقد أحس الفلاسفة هذه المعـــانى ونادوا بها فقـــد قال الفيلسوف ابن سينا (١) : « فأما أقصر الشخصين عقلا وأكثرهمـا اختلافا واختـلاطا وتلونا فلا يجعل فى يديه من ذلك شيء • بل يجعـــل الى الحكام حتى اذا عرفوا سوء صحبة يلحقها من الزوج الآخر فرقوا بينهما • وأما من جهـــة الرجل فانه يلزمه من ذلك غرامة تجعله لا يقدم عليه الا بعـد التثبت وبعـــد استطابة ذلك لنفسه من كـل وجه ، ومع ذلك فالأحسن أن يترك لاصـلح وجه » •

المبحث الثالث

هل يجوز تقييد الطلاق بجعل ايقاعه أمام القاضى

ان الشارع الحكيم عندما شرع الطلاق جعله حقا للزوج يستقل بايقاعه – عند تحقق الحاجة الملجئة اليه – دون التوقف على رضى الزوجة وقبولها • فهو اذن ضرورة من ضرورات المجتمع • الا أن من الناس من أساء استعمال هذا الحق لانعدام التفكير السليم عندهم • وهذا ليس غريبا • بل هو الشأن فى كل أمر يبيحه الشرع أو القانون • فقد يوجـــد من النـــاس من يسيء استعماله • تلك هى سنة الحياة • وعلى هذا فاذا كان هناك فئة من الناس قد أساءوا استعمال حق الطلاق وأسرفوا فى ايقـاعه فان مرجع ذلك – على ما أعتقد – فساد أخلاقهم وجهلهم بتعاليم الشريعة الاسلامية الواردة بشأن الطلاق • فالشريعة اذن بريئة من هذا العبث لأنها لم تبح الطلاق فى أىوقت ولم تمنعه كذلك بل هى وسط بين الاثنين • فايقاع الطلاق بلا سبب جهل بالشريعة وخروج عما تأمر به (٢) وهـذا الاسراف الـذى اتصف به قلة من

---

(١) الطلاق فى الشريعة والقانون للدكتور أحمد الغندور ص ٥٩ نقل ذلك عن الناحية الاجتماعية فى فلسفة ابن سيناء ص ٢٠ •

(٢) الأحوال الشخصية لزيد الابيانى ج ١ ص ٢٩٤ •

الناس ادى الى ظهور صيحات ـ من بعض الرجال والنساء ـ تنادى بتقييد الطلاق وجعل ايقاعه أمام القاضى ٠ لانهم يرون ـ على حسب زعمهم ـ ان قصر الطلاق على الرجل فيه اهدار لارادة المرأة وضياع لمستقبل حياتها والقضاء على سعادتها ٠ وهذا محض افتراء لا أساس له من الصحة ٠ وعلى هذا فانهم يرون أن علاج هذا الأمر لا يكون الا بتقييد الطلاق أمام القاضى بحيث لا يجوز للزوج أن يطلق زوجته بارادته المنفردة ولا بتراضيهما ٠ بل لابد من رفع الأمر الى القضاء يحكم بتطليق الزوجة ان اقتنع بصحة الأسباب المعروضة عليه أو برفض الطلب فى حال عدم جدية هذه الأسباب وعدم الاقتناع بها ٠

ونحن نرى أن هذا النظام المزعوم غير صالح لأن يكون علاجا لمشكلة الاسراف في الطلاق والحد من ايقاعه ٠ كما أنه لا يضمن سعادة المرأة كما يقولون ٠ بل يكون معول هدم لسعادتها ومستقبل حياتها ـ على ما أعتقد ـ والعلاج الحقيقى لهذه المشكلة انما يكون ببحث الأسباب المؤدية الى الاسراف والعمل على استئصالها ٠

وعلى هذا فان ما ينادون به لا ينبغى القول به بل الواجب رفضه وعدم الأخذ به لأمور :

أولا : ان الصيغ التى اعتبرها الشارع لابد أن تؤدى مقتضياتها مادامت قد صدرت ممن يملكها مستوفية لشرائطها ٠ وهذا حكم شرعى مجمع عليه بين العلماء ٠ ولفظ الطلاق من بين الصيغ التى جعلها الشارع مفيدة لأثرها ٠ فاذا أوقع الزوج على زوجته طلاقا وتوافرت فيه الشروط المعتبرة شرعا فلابد من وقوعه سواء أكان ذلك أمام القاضى أم كان بعيدا عنه أذن له بذلك أم لم يأذن لأن الطلاق حق للزوج فى الحدود التى رسمها الشارع ٠ وقد استعمل حقه فليس للقاضى ولا للمشرع الوضعى أن يقول للزوج أنت لم تستأذن فى ايقاع الطلاق أو أنت أوقعته بعيدا عنى أو عمن هو نائب عنى ٠ فلا يقع طلاقك ٠ ليس له هذا أو ذاك لأنه لو جاز أن يقول له ذلك لكان قوله هذا

حائلا بين أن تأخذ صيغة شرعية مقتضاها الذى رتبه الشارع عليها • وهذا هو ما يسميه علماء الأصول بالحكم السببى • وهو فى قوة أن يقول المشرع : « جعلت الصيغة الفلانية سببا فى الحكم الفلانى » فاذا وقعت الصيغة وقع الحكم • لأنه لا يجوز لأحد من الناس قطع الارتباط الذى ربطه الشارع بين السبب والمسبب لأن ذلك من شأن الشارع فقط (١) •

ثانيا : أن تقييد ايقاع الطلاق بمجلس القاضى مصادم للنصوص الشرعية لأمرين : **الأول** : أن النصوص الشرعية صريحة ـ كما سبق بيانها ـ فى أن الزوج هو الذى يملك الطلاق فهو الأصل وغيره يكون تبعا فلو قلنا بالتقييد أصبح الأصل تبعا والتابع أصلا وهذا قلب للحقائق فلا يجوز •

والثانى : أن النصوص الشرعية وردت مطلقة عن هذا التقييد فيجب أن تظل على اطلاقها لأن المطلق يبقى على اطلاقه اذا لم يوجد مقيد له ولم يوجد هنا (٢) •

ثالثا : ان الزوج قد يريد انهاء الحياة الزوجية فى بعض الأحيان لسبب غير خاضع لرقابة القضاء كالبغض ونحوه مما لا سبيل الى اطلاع الناس عليه • بل ويتعذر اثباته لأنه ليس سببا ماديا وانما هو أمر نفسى • والكشف عنه يعتمد على الحجة والبرهان • ولا يخفى أن المصالح الزوجية ليست كالمصالح المالية حتى يستطيع القاضى أن يقدر ربحها وخسارتها تقديرا صحيحا • بل تقدير ذلك منوط بالزوج لما بينه وبين زوجته من محبةوموافقة فى الطباع أو لما بينه وبينها من بغض وتنافر فى الطباع فهو اذن المرجع فى ذلك التقدير وليس القضاء •

---

(١) التطورات التشريعية فى الطلاق للمرحوم الأستاذ محمد المدنى ـ مجلة الأزهر س ٣٦ ع ٨ ، ٩ ص ٨٩٧ •

(٢) الأحكام الشرعية للاحوال الشخصية ص ٣٥٧ ، ص ٣٥٨ للاستاذ ابرديسى

رابعا : ان التقييد معناه الحكم على جميـــع الرجال - بلا استثناء - بالسفه وعدم حسن التصرف فى أخص أمورهم • وهذا بلا شك يكون حجـرا ومنعا من التصرف كما يمنع السفيه من التصرف فى ماله • وفى هذا اهدار معنى الرجولة فى الزوج التى جعلها الله معيارا القوامة على النساء حيث قال جل شأنه : « الرجال قوامون على النساء » (١) •

خامسا : ان التقييد سيترتب عليه حتما وجود الكثير من الأولاد غيـــر الشرعيين • لأن الرجل قد يطلق زوجته الطلقات التى يملكها فى غير مجلس القضاء نتيجة ثورة غضب جامحة فتصير زوجته أجنبية عنه • ومع هـــذا فلا يعتد بهذه الطلقات لأن الزوج لم يوقعها أمام القـــاضى وحينئـذ تعيش الزوجة مع زوجها - عملا بنظام التقييد - وينجبان أولادا غير معترف بهم شرعا ويكون هذا من ثمار التقييد •

سادسا : ومما يؤيد نبذ هذا النظام أن المؤتمر الاسلامى المنعقد بماليزيا فى أبريل سنة ١٩٦٩ (٢) ناقش المسائل المتعلقة بالأسرة وانتهى من ذلك الى اصدار توصيات منها أن الشريعة الاسلامية تبيح الطلاق فى الحـــدود التى بينها الشارع وبغير رقابة قضائية • وبهذا يكون المؤتمـــر قد رفض فرض الرقابة القضائية على الطلاق لمخالفة ذلك لتعاليم الشريعة الاسلامية ولعدم ملاءمتها للمجتمعات الاسلامية •

ولا يخفى على كل ذى فكر ثاقب أن محاسن عدم التقييد جعلت أصحاب الديانات الأخرى التى لا تدين بالطلاق تعدل عن هذا النظام • فايطاليا معقل الكاثوليكية التى لا تعترف الا بالتفريق الجسمانى أصـــدرت قانونا يبيح الطلاق بشروط معينة وتم التصديق عليه فى أول ديسمبر سنة ١٩٧٠ (٣)

---

(١) الآية رقم ٣٤ من سورة النساء •

(٢) جريدة الأهرام القاهرية س ٩٥ ع ٣٠٠٩٤ بتاريخ ١٩٦٩/٥/٣ •

(٣) جريدة الأهرام القاهرية س ٩٦ ع ٣٠٣٨٨ ، ٣٠٦٧٢ ، ٣٠٦٧٣ ، ٣٠٦٧٥ ، ٣٠٦٧٦ •

وهذا ان دل على شيء فانما يدل على أن المسئولين فى ايطاليا لمسوا من واقع الحياة الاجتماعية المضار المترتبة على منع الطلاق وخطرها على المجتمع وعدم ملاءمة هذا النظام ـ وهو عدم انحـلال الزواج ـ للطبيعة البشرية ٠ لذا فقد أباحت الدولة الطلاق لأنه من سنن الفطرة التى لا غنى عنها عند الضرورة ٠ وصدق الله العظيم اذ يقول : « سنريهم آياتنا فى الآفاق وفى أنفسهم حتى يتبين لهم أنه حق » (١) ٠

كما أن بريطانيا التى تبيح الطلاق فى حدود معينة قد أجرت تعـديلا فى قانون الطلاق وقد تضمن هذا التعديل تبسيط الاجراءات التى كان معمولا بها مما يدعو الى تسهيل الطلاق ، وقـد تلقت السلطات المختصة بعد هـذا التعديل حوالى ٥٠ ألف طلب للطلاق ٠ وهذا ان دل على شيء فانما يدل على أن الطبيعة البشرية لا تحتمل هذه القيود المفروضة على نظام الطلاق (٢) وبعد أن سقنا من الأدلة والأمثلة ما يقطع بفساد هذا النظام ـ وهو التقييد ـ فانه ينبغى علينا أن نرفضه شكلا وموضوعا لأنه لا يلائم مجتمعنا الاسلامى فضلا عن فساده وعدم ملاءمته للطبيعة البشرية ٠

القـانون التونسى :

خالف القانون التونسى المعمول به فى القوانين العربية حيث قيد وقوع الطلاق بمجلس القضاء وقد نص على ذلك فى المواد من ٣٠ الى ٣٢ ٠

مادة (٣٠) : لا يقع الطلاق الا لدى المحكمة ٠

مادة (٣١) : يحكم بالطلاق فى الحالات الآتية :

١ ـ بناء على طلب من الزوج أو الزوجة للاسباب المبينة بفصول هـذه المجلة ٠

٢ ـ تراضى الزوجين ٠

---

(١) الآية رقم ٥٣ من سورة فصلت ٠

(٢) جريدة الأهرام القاهرية س ٩٧ ع ٣٠٧٠٢ بتاريخ ١٩٧١/١/١ ٠

٣ - عند رغبة الزوج انشاء الطـــلاق أو مطالبة الزوجة به وفى هـــذه الصورة يقرر القاضى ما تتمتع به الزوجة من الغرامات المالية بتعويض الضرر الحاصل لها أو ما تدفعه هى للزوج من التعويضات ٠

مادة (٣٢) : لا يحكم بالطلاق الا بعد أن يبذل القـــاضى وسعه فى البحث عن أسباب الشقاق بين الزوجين والعجز عن الاصلاح بينهما وللحاكم أن يتخذ جميع الوسائل فيما يختص بسكنى الزوجين والنفقة ورعاية الأطفال» ٠

ومن الملاحظ هنا : أن هذا قانون قيد ايقاع الطلاق بأن يكون أمام القضاء٠ وهذا التقييد ليس له ما يبرره بالاضافة الى مخالفتـــه للشريعة الاسلامية لأنها لم تقيد ايقاع الطلاق أمام القاضى الا فى حالات معينة تستدعى العرض على القضاء لبحثها وابداء الرأى فيها لقطع المنازعات القـــائمة بين الزوجين بشأنها ٠ وذلك عملا بما له من الولاية العامة فى رفع المظالم ٠

رعاية الشارع لجانب المرأة :

وللرد على القائلين بأن ملكية الزوج لحق الطلاق فيها اهدار لارادة المرأة وضياع مستقبل حياتها ٠ أقول : ان هذا محض افتراء لأن الشارع الحـكيم لم يهمل جانب المرأة فى موضوع الطلاق بل جعل الافتداء بالمال طريقا تتخلص به الزوجة من رباط الزوجية اذا فركت زوجها وخافت ان قامت معه على تلك الحال ألا تقيم حدود الله الواجبة عليها ٠ فلها حينئـــذ أن تفتدى نفسها بدفع مبلغ من المال أو التنازل عن بعض حقوقها كمؤخر الصداق نظير طلاقها عمـــلا بقوله تعالى : « فان خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهمـــا فيما افتدت به » (١) كما أنها تملك أن تطلك نفسها اذا اشترطت ذلك فى عقد الزواج وكان الشرط صحيحا والزوج قد أخل به طبقا لمذهب الحنابلة لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « ان أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج » (٢) وتملك أيضا ايقاع الطلاق اذا فوضها الزوج فى ايقاعه ٠ كما أن لهـــا أن

---

(١) الآية رقم ٢٢٩ من سورة البقرة ٠

(٢) عقد الزواج وآثاره للاستاذ أبى زهرة ص ٢٠٢ ٠

ترفع الأمر الى القاضى لطلب التفريق فى أحوال معينة تقوم بها البينـــات متى كان هناك من الاسباب ما تقره العدالة وتؤيده الشريعة اذا فات الامساك بالمعروف وامتنع الزوج من التسريح بالاحسان فحينئذ يطلق القاضى نيابة عن الزوج بحكم الولاية العامة رفعا للظلم عن الزوجة عملا بقول النبى صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار » ٠

رأينا فى هذا الموضوع :

نحن نرى ـ على ضوء ما سبق ـ أن تقييد ايقاع الطلاق بمجلس القضاء لا يصلح لأن يكون علاجا لمشكلة الاسراف فى الطلاق ٠ بل العلاج النـاجع ـ على ما أعتقد ـ لهذه المشكلة يتركـــز فى البحث عن الأسباب المؤدية الى الاسراف والعمل على استئصالها لأنها أم الداء ٠ وسبيل ذلك نشر الثقـافة الاسلامية بين مختلف طبقات الأمة ليعرف الجميع منهج الاسلام فى الطلاق والأسس الواجب اتباعها ٠ وقد أرشدنا المولى جل شأنه الى العلاج الواجب اتباعه والعمل به لتقويم الأسرة اذا طرأ عليها عامل من عوامل التفكك ٠ وهذا العلاج يتكون من ثلاث مراحل : **المرحلة الأولى** : اذا كـان النشوز من تبـــل الزوجة فعلى الزوج حينئذ أن يعالجها بالموعظة الحسنة فان لم ينجع الوعظ هجرها فى المضجع فان لم يثمر ضربها ضربا غير مشين عملا بقوله تعالى : « واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا » (١) ٠

والمرحلة الثانية : اذا كان النشوز من قبل الزوج بأن تباعد عن زوجته لدمامتها أو فقرها أو كبر سنها أو سوء خلقها ٠ أو أعرض عنها ـ والاعراض ألا يكلمها ولا يأنس بها ـ والزوجة تكره فراقه ٠ فان وضعت له من مهرها

---

(١) الآية رقم ٣٤ من سورة النساء ٠

فعدنا حل له • وان تنازلت له عن بعض أيامها فلا حرج (١) قال الضحاك فى ذلك (٢) : لا بأس أن ينقصها من حقها اذا تزوج من هى أشب منها وأعجب اليه ولا مانع من وقوع الصلح بينهما على الصبر والاثرة من غير عطاء اذ هو مباح . لقوله تعالى : « وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير » (٣) فقوله تعالى : « والصلح خير » يقتضى أن الصلح الحقيقى الذى تسكن اليه النفوس ويزول به الخلاف خير على الاطلاق من الفراق • وهذا المعنى شامل لجميع ما يقع عليه الصلح بين الرجل وزوجته فى مال أو وطء أو غير ذلك (٤) •

المرحلة الثالثة : اذا كان النشوز من الجانبين فالعلاج الواجب اتباعه حينئذ هو تحكيم الحكمين للاصلاح بين الزوجين عملا بقوله تعالى : « وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما » (٥) فان تعذر الاصلاح لاستحكام النفرة كان لابد من التفريق بينهما بالطلاق فقد يقيض الله للرجل امرأة تقر بها عينه وللمرأة زوجا تقر به • قال تعالى : « وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته وكان الله واسعا حكيما » (٦) هذا هو العلاج الناجع لمشكلة الاسراف فى الطلاق فان اتبعناه وسرنا على هداه قضينا على الاسراف قضاء مبرما •

---

(١) القرطبى جـ ٥ ص ٤٠٣ •
(٢) نفس المرجع ص ٤٠٤ ، ٤٠٥ •
(٣) الآية رقم ١٢٨ من سورة النساء •
(٤) القرطبى جـ ٥ ص ٤٠٦ •
(٥) الآية رقم ٣٥ من سورة النساء •
(٦) الآية رقم ١٣٠ من سورة النساء •

الفصل الثانى

فى الانابة فى الطلاق (١)

من المعلوم أن كل انسان يملك تصرفا من التصرفات فى المعاملات ٠ له أن يباشر ما يملك من هـذه التصرفات بنفسه كما أن له أن ينيب عنــه غيــره لمباشرة ذلك ٠ ولما كان الطلاق من التصرفات التى يملكها الزوج فى معــاملته مع الزوجة فمن حقه أن يباشر ايقــاعه بنفسه وأن ينيب عنه غيــــره فى ايقاعه ٠ فان كان النائب عن الزوج فى ايقاع الطلاق أجنبيا كان ذلك توكيلا عند بعض الفقهاء وتفويضا عند البعض الآخر منهم ٠ وانَ كانت الزوجة هى النائبة عنه فى مباشرة الطـلاق كان ذلك تفويضـــا ٠ وتفويض الطلاق أو التوكيل به لا يسقط حق الزوج فى الطلاق لأن انابة الغير لا تمنعه من استعمال حقه متى شاء ٠ وهذه الانابة اختياربة ٠ وهناك انابة اجبارية كنيابة الولى عن الزوج اذا كان غير مكلف ٠ وسنبين فى هذا الفصل آراء الفقهاء فى نيابة الولى وفى التوكيل والتفويض ٠

المبحث الأول

اتفق الفقهاء على أن الطلاق حق للزوج المكلف لا يملك ايقاعه أحد سواه الا بتوكيل منه أو بتفويض ٠ وكـذلك القاضى فانه ينـــوب عن الزوج فى

---

(١) الانابة لغة اقامة الشخص غيـــره مقــامه فى تصرف يملك المنيب التصرف فيه ٠ يقال : أناب زيد عنه وكيلا فى طلاق امرأته أى أقامه مقامه فى مباشرة هذا التصرف (يراجع المصباح المنير) ٠

واصطلاحا تستعمل الانابة فى هذا المعنى على تقدير الوضع اللغوى وهو أن يقيم الانسان غيره مقام نفسه فى مبــاشرة تصرف من التصــرفات التى يملكها ٠

التفويض بحكم الولاية العامة اذا فات الامساك بالمعروف وامتنع الزوج من التسريح باحسان أما اذا كان الزوج غير مكلف بأن كان صغيرا أو مجنونا أو معتوها فقد اختلف الفقهاء فى نيابة الولى عنه فى ايقاع الطلاق على ثلاثة مذاهب :

المذهب الأول : يرى فقهاء هذا المذهب ـ وهم الأحناف والشافعية والزيدية وقول عند الحنابلة (١) ـ انه لا يجوز لولى النفس أن يطلق نيابة عن الزوج المولى عليه اذا كان الزوج صغيرا أو مجنونا أو معتوها لأن الولاية انما تثبت عليهم لمعنى النظر لهم ولتحقق الحاجة اليه وذلك لا يتحقق فى الطلاق فلو طلق الولى لم يقع طلاقه لاختصاص الطلاق بمالك البضع ٠ وقد استدلوا لذلك بالسنة والقياس ٠

أولا ـ السنة :

روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال (٢) : « انما الطلاق لمن أخذ بالساق » وجه الاستدلال بهذا الحديث أنه يدل بمقتضى الحصر على اختصاص الطلاق بمالك البضع على وجه ينافى الطلاق بالولاية ٠

وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال (٣) : انما الطلاق بيد الذى يحل له الفرج » وجه الاستدلال بهذا الأثر ٠ أنه يدل على أن الذى يملك الطلاق هو الزوج لا غيره ٠ وبناء على هذا فلا يجوز طلاق الولى نيابة عن الزوج ٠

ثانيا ـ القياس :

قاس فقهاء هذا المذهب ايقاع الطلاق على الابراء من الدين واسقاط

---

(١) المبسوط جـ ٦ ص ١٧٨ والمهذب جـ ٢ ص ٧٧ وحاشية القليوبى جـ ٣ ص ٣٢٣ والتاج المذهب جـ ٢ ص ١١٨ ، ١١٩ والمغنى جـ ٨ ص ٢٢١ والمحرر جـ ٢ ص ٥٠ ٠

(٢) المغنى جـ ٨ ص ٢٢١ ٠

(٣) نفس المرجع ٠

القصاص بجامع اسقاط الحق فى كل ٠ والولى لا يملك ابراء المدين من دين المولى عليه ولا اسقاط القصاص ٠ فكذلك لا يملك ايقاع الطلاق من باب أولى (١) لأن طريقه الشهرة فلم يدخل فى الولاية ٠

المذهب الثانى :

يرى فقهاء هذا المذهب ـ وهم المالكية وقول عند الحنابلة (٢) ـ أنه يجوز لولى النفس أن يطلق عن الصغير والمجنون والمعتوه سواء أكان الولى أبا أو غيره كوصى وحاكم (٣) وبذلك قال عطاء وقتاده (٤) وحجتهم فى هذا ما روى عن ابن عمر أنه طلق على ابن له معتوه ٠ رواه الامام أحمد ٠ وروى عن عبد الله بن عمرو أن المعتوه اذا عبث بأهله طلق عليه وليه ، قال عمرو بن شعيب وجدنا ذلك فى كتاب عبد الله بن عمرو ٠ وجه الاستدلال بهذا الأثر انه يدل على جواز طلاق الولى عن المعتوه ويقاس عليه من فى حكمه (٥) ٠ لأنه يصح للولى أن يزوجه فصح أن يطلق عليه اذا لم يكن متهما كالحاكم يفسخ للاعسار ويزوج الصغير ٠

ويمكن مناقشة هذا الاستدلال بأنه قول صحابى فيما للرأى فيه مجال فلا يكون حجة وبهذا يبطل الاحتجاج به ٠

المذهب الثالث :

فرق فقهاء هذا المذهب ـ وهم الشيعة الامامية (٦) ـ بين طلاق ولى الصغير وبين طلاق ولى المجنون والمعتوه فمنعوا الأول وأجازوا الثانى ٠ وعلى هذا فلا يجوز لولى الصبى أن يطلق عليه لأن حجره متوقع زواله غالبا بالبلوغ

---

(١) المغنى جـ ٨ ص ٢٢١ ٠
(٢) الشرح الكبير جـ ٢ ص ٣٥٢ والخرشى جـ ٤ ص ١٧ والمغنى جـ ٨ ص ٢٢١ والمحرر جـ ٢ ص ٥٠ ٠
(٣) الشرح الكبير جـ ٢ ص ٣٥٢ ٠
(٤) المغنى جـ ٨ ص ٢٢١ ٠
(٥) نفس المرجع ٠
(٦) شرائع الاسلام ص ٢٠٥ وجواهر الكلام جـ ٤ باب الطلاق ٠

فلا موجب لطلاق الولى عنه لاختصاص الطلاق بمالك البضع عملا بقول النبى صلى الله عليه وسلم : « الطلاق لمن اخـذ بالساق » فهـذا الحديث يدل على نفى طلاق الولى ، وفى هذا يتفق الامامية مع فقهاء المذهب الاول القائل بعدم جواز طلاق الولى ٠

اما ولى المجنون والمعتوه فيجوز طلاقه عنهما على المشـهور عندهم بين الاصحاب لأن حجر المجنون والمعتوه غيـر متوقع الزوال فلو لم يجعـل للولى التصرف نيابة عنه لزم تضرر المجنون والمعتوه بتقدير استغناء كل منهمـا عن زوجته وكون مصلحته فى طلاقها والضرر فى الشريعة ممنوع فان لم يكن له ولى طلق عنه السلطان أو من نصبه للنظر فى ذلك ٠

ونحن نرى ـ بناء على ما سبق بيانه ـ أن الراجح عندنا هو المذهب الأول لقوة أدلته وضعف ما عداها لا سيما وان الصغير قد منع من توثيق زواجه فى قوانين البلاد العربية ٠ وأما المجنون والمعتوه فيتولى القـاضى التفـريق بالنسبة لهما اذا طلبت الزوجة ذلك لأن الامسـاك بالمعروف قد تعـذر فيجب التسريح بالاحسان لدفع الظلم عن الزوجة ٠ وبهذا يجرى العمل فى جمهورية مصر العربية وفقا لمذهب الأحناف الذى لا يجيز للولى ايقاع الطلاق نيابة عن المولى عليه لأى سبب من الأسباب ٠ بل يطلق القاضى على الزوج اذا وجـد ما يستوجب الطلاق ٠

المبحث الثانى

فى التوكيل فى الطلاق (١)

اختلف الفقهاء فى حكم توكيل الزوج غيـــره فى الطـــلاق على ثلاثة مذاهب :

وسنبين فى هذا المبحث المذاهب الثلاثة ودليل كل مذهب مع بيـــان الراجح منهـا ٠

المذهب الأول :

يرى فقهاء هذا المذهب ـ وهم الأحناف (٢) والمالكية (٣) والشافعية (٤) والحنابلة (٥) والزيدية (٦) ـ انه يجوز للزوج أن يوكل غيره فى طـــلاق زوجته سواء أكان الوكيل هو الزوجة نفسها أم كان شخصا أجنبيـــا فاذا صدر التوكيل من الزوج فللوكيل أن يطلق فى المجلس وبعده مادام الموكل لم يقيده بزمن أو مكان معين ٠ ويقع طلاقه سواء أضـافه الى موكله مثـــل أن يقول طلقتك بالوكالة عن زوجك أم لم يضفه الى الموكـل بأن قال : طلقتك

---

(١) التوكيل لغة التفويض ٠ يقال وكل الأمر الى فلان يكل وكلا ووكولا٠ ويقال وكلته توكيلا فتوكل أى قبل الوكالة ٠ والوكالة بفتح الواو وكسرها اسم من التوكيل بمعنى التفويض والاعتماد ٠ والجمع وكالات (المصباح المنير) ٠

وشرعا تفويض الانسان الأمر لغيره ليقوم مقامه فى مباشرة تصـرفه من التصرفات التى يملكها ٠

(٢) فتح القدير جـ ٣ ص ١١٦ ، ١١٧ والبدائع جـ ٣ ص ١٢٢ ، ١٢٣ ٠

(٣) الشرح الكبير جـ ٢ ص ٤٠٦ ٠

(٤) المهذب جـ ٢ ص ٨٠ ٠

(٥) كشاف القناع جـ ٣ ص ١٤٢ ، ١٤٣ ٠

(٦) التاج المذهب جـ ٢ ص ١٧٠ ٠

مقتصرا على هذا اللفظ . الا أن بعض الزيدية (١) يرون أن طلاق الوكيل غير واقع ان لم يضفه الى الموكل كما فى النكاح . حيث يرون أن النكاح لا يكون حكمه للموكل الا اذا أضافه الوكيل اليه . كأن يقول قبلت زواجك لفلان موكلى وذلك لأن الطلاق من توابع النكاح فيأخذ حكمه .

وللموكل أن يعزل الوكيل فى أى وقت شاء فاذا عزله فليس له أن يطلق . ويرى المالكية (٢) أن الموكل لا يملك عزل الوكيل فى طلاق زوجته اذا تعلق حقها بتلك الوكالة . كما اذا قال الزوج لزوجته : ان تزوجت عليك فقد وكلتك فى طلاق نفسك أو ان تزوجت عليك فأمرك بيدك أو فأمر الداخلة عليك بيدك . ففى هذه الحالة لا يكون للموكل حق عزل الوكيل قبل ايقاع الطلاق لأن دفع الضرر عن الزوجة حق لها وقد تعلق بذلك التوكيل لذا فان الموكل لا يملك انهاءه .

وقد نص الأحناف على أن الوكيل فى الطلاق سفير ومعبر عن الموكل .

وبناء على هذا فان الحقوق المترتبة على الطلاق - من مؤخر الصداق أو المتعة ونفقة العدة - لا ترجع اليه بل ترجع الى الموكل وهو الزوج .

وقد استدل فقهاء هذا المذهب على جواز التوكيل فى الطلاق بالأدلة المثبتة لملكية الزوج لحق الطلاق (٣) لذا فقد قالوا : ان من ملك التصرف فى شىء يملك التوكيل فيه . وفى ذلك يقول صاحب كشاف القناع (٤) : « من صح طلاقه صح توكيله فيه لأن من صح تصرفه فى شىء لنفسه مما تجوز الوكالة فيه صح توكيله وتوكله فيه » . وبناء على هذا فقد أجازوا التوكيل فى الطلاق بمقتضى هذه الأدلة .

---

(١) التاج المذهب ج ٢ ص ١٦٥ .
(٢) الشرح الكبير ج ٢ ص ٤٠٦ .
(٣) يراجع مبحث من يملك حق الطلاق ص ٥٧ - ٥٩ .
(٤) كشاف القناع ج ٣ ص ١٤٢ والمغنى ج ٨ ص ٢٥٨ .

المذهب الثانى :

يرى فقهاء هذا المذهب ـ وهم الشيعة الامامية (١) ـ أنه يجـــوز للزوج أن يوكل عنه أجنبيا فى طلاق زوجته اذا كان غائبا وهذا مجمع عليه عندهم • وكذلك ان كان حاضرا على الأصح • لأن الوكالة هى فى الحقيقة طلاق من المالك ، والطــلاق من الأفعال القابلة للنيــابة اذ لا يتعلق غرض الشـــارع بايقاعه من مباشر بعينه ومن ثم فقد صحت الوكالة من الغــائب والحـــاضر على السواء لاشتراكهما فى المقتضى • وحجتهم فى هذا ما روى عن الصادق عليه السلام فى صحيحة سعيد • ان رجلا جعل أمر امرأته الى رجل فقــال اشهدوا أنى قد جعلت أمر فلانة الى فلان فطلقها أيجوز ذلك للرجل ؟ قال : نعم • وترك الاستفصال يفيد العموم الا أنهم قد اختلفوا فى جواز توكيــل الزوجة فى طلاق نفسها على قولين :

القول الأول :

انه يجوز توكيل الزوجة فى طلاق نفسها وحجتهم فى هذا أن الأدلة الدالة على صحة الوكالة أدلة مطلقة غير مقيدة • وتخيير النبى صلى الله عليه وسلم لنسائه دليل على جواز توكيل الزوجة فى طلاق نفسها •

والقول الثانى :

أنه لا يجوز توكيل الزوجة فى طلاق نفسهــا ودليل هذا القول أن ظاهر حديث « الطلاق بيد من أخذ بالساق » يقتضى عدم جواز توكيل المرأة فى طلاقها • لأن سياقه يدل على أن شرع الطلاق الى الرجال لا الى غيـــرهم • فجعل الطلاق الى الزوجات يكون مخالفا لهذا الشرع •

اعترض على هذا الدليل بأنه غير منتج • لأن ظاهر الحديث لا يقتضى عدم جواز توكيل الزوجة • بل ظاهره يفيد قصر ملكية الطلاق على الأزواج ونفيها عن غيرهم • والوكيل بالطلاق انما يتصرف بصفته نائبا لا بصفته

---

(١) شرائع الاسلام ص ٢٠٦ وجواهر الكلام جـ ٤ باب الطلاق •

مالكا · وافادة الحصر تنفى الملكية عن غير الأزواج لكنها لا تنفى النيابة فى الطلاق · وبهذا يكون الدليل غير صالح للاحتجاج به ·

المذهب الثالث :

يرى فقهاء هذا المذهب - وهم الظاهريه (١) - عدم جواز التوكيل فى الطلاق مطلقا · وفى هذا يقول ابن حزم : « لا تجوز الوكالة بالطلاق لأن الله عز وجل يقول : « ولا تكسب كل نفس الا عليها » فلا يجوز عمل أحد عن أحد الا حيث اجازه القرآن أو السنة الثابتة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا يجوز كلام أحد عن كلام غيره الا حيث أجازه القرآن أو سنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يأت فى طلاق أحد عن أحد بتوكيله اياه قرآن ولا سنة فهو باطل » أ· هـ·

ويجاب عن استدلالهم - بأنه لم يأت فى جواز التوكيل فى الطلاق قرآن ولا سنة - بأن الأصل فى الشىء الجواز ما لم يرد مانع ولم يرد ما يدل على منع جواز التوكيل فى الطلاق ·

وأيضا فان ظاهر الاحاديث الواردة فى التخيير · يدل على جواز تمليك المرأة الطلاق والتوكيل نوع من التمليك ، جاء فى فتح البارى (٢) عن مسروق قال : سألت عائشة عن الخيرة فقالت خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أفكان طلاقا ؟

قال مسروق : لا أبالى خيرتها واحدة أو مائة بعد أن تختارنى وفى رواية أخرى · اخترناه فلم يعد طلاقا (٣) فظاهر هذا الحديث يدل على أن نساء النبى صلى الله عليه وسلم لو كن اخترن أنفسهن لكان ذلك طلاقا · فهذا يدحض استدلال الظاهرية ويبطله ·

---

(١) المحلى جـ ١٠ ، ص ١٩٦ ·
(٢) فتح البارى جـ ٩ ، ص ٢٩٥ ·
(٣) مختصر سنن أبى داود جـ ٣ ، ص ١٣١ ·

القول الراجح :

والقول الراجح هنـا هو ما ذهب اليه جمهور الفقهـاء ومن وافقهم من القول بجواز التوكيل فى الطلاق لموافقته لروح الشريعة الذى يتسم باليسر ورفع الاعنات عن الناس فضلا عن موافقته لمصلحة العامة للمجتمع ٠ فكم من حالة قد تدعو المصلحة فيها الى التوكيل فى الطلاق لا سيما اذا كـان الزوج غائبا لا يستطيع مباشرة الطلاق بنفسه فحينئذ يجوز له أن يوكل من ينوب عنه فى مباشرة طلاق زوجته ٠

التوكيل فى القـانون :

ان الذى كان معمولا به فى المحاكم الشرعية قبل صدور القانونين رقمى ٢٥ لسنة ١٩٢٠ و ٢٥ لسنة ١٩٢٩ هو مذهب الامام أبى حنيفة وحده وبناء على هذا فالذى يملك ايقاع الطلاق الزوج أو من يعطيه الزوج هـذه السلطة كالوكيل والرسول والزوجة ٠

وقد خلا القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ من النص على جواز التوكيل بالطلاق اعتمادا على نص المادة (٢٨٠) من اللائحة الشرعية التى تشير الى الرجوع الى مذهب أبى حنيفة فيما لا نص فيه ٠

مشروع القـانون :

أما مشروع القانون فقد نص فى الفقرة الأولى من المادة (١١١) على أنه « للزوج أن يوكل غيره بالطلاق ولا يملك الوكيل أن يوكل غيره الا باذنه ويعتبر تفويض غير الزوجة توكيلا » ٠

المبحث الثالث

فى التفويض بالطلاق (١)

التفويض نوع من أنواع الوكالة . الا أنه ينفرد بأحكام خاصة تتعلق به فناسب أن نفرد له بحثا خاصا نبين فيه بايجاز الأساس التشريعى للتفويض . وآراء الفقهاء فيه .

الأساس التشريعى للتفويض :

ان الأساس التشريعى الذى استند اليه الفقهاء فى جواز التفويض قوله تعالى : « يا أيها النبى قل لأزواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا » (٢) .

اختلف العلماء فيما وقع من التفويض بناء على ما ورد فى هذه الآية .

هل المقصود به تفويض الطلاق الى النساء ؟ حتى يقع بنفس الاختيار أم المقصود به التخيير بين الدنيا والآخرة فان اخترن الدنيا طلقهن النبى صلى الله عليه وسلم . انقسم العلماء فى هذا الى فريقين .

رأى الفريق الأول :

ذهب هذا الفريق من العلماء ــ وهم الحسن وقتادة وأكثر أهل العلم (٣)

---

(١) التفويض لغة التسليم . يقال فوض فلان أمره الى فلان تفويضا أى سلم أمره اليه وجعله الحاكم فيه . يقال فوضت المرأة أمر نكاحها الى الزوج أى سلمت أمر نكاحها من غير مهر فهى مفوضة وقيل مفوضة . كما يطلق ويراد به الاهمال . يقال قوم فوضى أى لا رئيس لهم (يراجع المصباح المنير) واصطلاحا اقامة الزوج زوجته أو غيرها مقامه فى مباشرة الطلاق نيابة عنه .

(٢) الآية رقم ٢٨ من سورة الأحزاب .

(٣) الألوسى جـ ٧ ص ٣٣ والطبرى جـ ٢١ ص ٩٩ ، ١٠٠ .

ومن الصحابة على رضى الله عنه فيما رواه عنه أحمد بن حنبل (١) ـ الى أن التخيير الوارد فى الآية لم يكن المقصود به تفويض الطلاق الى نساء النبى صلى الله عليه وسلم ٠ بل المقصود منه تخييرهن بين الدنيا والآخرة على أنهن ان اخترن الحياة الدنيا وزينتها فارقهن النبى صلى الله عليه وسلم بايقاع الطلاق عليهن ٠ وحجتهم فى ذلك قوله تعالى : « فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا » فان هذا النص يفيد أن الله تعالى أمر نبيه صلى الله عليه وسلم بطلاقهن ان اخترن الحياة الدنيا حيث أسند جل شأنه التسريح الى النبى صلى الله عليه وسلم وممن قال بذلك ابن حزم (٢) واستظهره الألوسى (٣) واختاره السندى (٤) ٠

رأى الفريق الثانى :

يرى هذا الفريق من العلماء ـ وهم مجاهد وعكرمة والشعبى وابن شهاب وربيعة وهو قول عائشة (٥) ـ ان المراد من التخيير الوارد فى الآية انما هو التخيير بين البقاء على العصمة أو الطلاق ٠ وفى هذا يقول أبو بكر الجصاص (٦) : اقتضت الآية لا محالة تخييرهن بين الفراق وبين النبى صلى الله عليه وسلم ٠ لأن قوله تعالى : « وان كنتن تردن الله ورسوله والدار الآخرة » يدل على اضمار اختيارهن فراق النبى صلى الله عليه وسلم فى قوله تعالى : « ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها » اذ كان النسق الآخر من الاختيار هو اختيار النبى صلى الله عليه وسلم والدار الآخرة ٠

---

(١) القرطبى جـ ١٤ ص ١٧١ والجصاص جـ ٣ ص ٤٣٩ ٠
(٢) المحلى جـ ١٠ ص ١٢٣ ٠
(٣) الألوسى جـ ٧ ص ٣٣ ٠
(٤) حاشية السندى على سنن ابن ماجه جـ ١ ص ٣٢٣ ٠
(٥) القرطبى جـ ١٤ ، ص ١٧٠ وأحكام القرآن لابن العربى جـ ٢ ص ١٦٢ ٠
(٦) الجصاص جـ ٣ ص ٤٤٠ ٠

فثبت أن الاختيار الآخر انما هو اختيار فراقه • ويدل عليه قوله تعالى : « فتعالين أمتعكن » والمتعة انما هى بعد اختيارمن الطلاق • وقد اختـــار القرطبى هذا القول وقال بصحته لقول عائشة رضى الله عنها لما سئلت عن الرجل يخير امرأته فقالت : خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أفكان طلاقا ، وفى رواية فاخترناه فلم يعده طلاقا • ولم يثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم الا التخيير بين البقاء أو الطلاق لذلك قال يا عائشة : انى ذاكـر لك أمرا فلا عليك الا تعجلى فيه حتى تستأمرى أبويك ••• الحديث ومعلوم أنه لم يرد الاستئمار فى اختيار الدنيا وزينتهـا على الآخـــرة فثبت أن الاستئمار انما وقع فى الفرقة أو البقاء (١) ونحن نرى أن هـذا الرأى هـو الراجح لحديث عائشة وهى صاحبة القصة فهى أعلم بذلك من غيرها •

آراء الفقهاء فى التفويض :

مذهب الأحنـــاف (٢) :

ذهب الأحناف الى جواز تفويض الطـــلاق الى الزوجة باتفـاق والى غيرها عند أبى حنيفة وصاحبيه • ويرون أن التفويض من قبيل التمليك اذ هو تصرف من الزوج يتم بمجرد صـدوره دون التوقف على قبول المفوض اليه لأنه تصرف لازم للزوج لا يملك الرجوع عنه على الأصح (٣) لتضمـــنه انشاء طلاق معلق على ارادة المفوض اليه • وانشاء الطلاق لا يمكن الرجوع فيه لأن التعليق من قبيل الأيمان • والأيمان لا يجوز الرجوع فيها • بخلاف الايجاب فى البيع ونحوه من كل عقد لا يتحقق حكمه الا بعد تمامه بالايجاب والقبول فالموجب فى هذه العقود يملك الرجوع عن ايجـابه ما لم يتصـل بالقبول (٤) والأصل فى الشريعة ألا يكون الايجاب ملزما الا فى نحو تمليك الرجل

---

(١) القرطبى جـ ١٤ ص ١٧٠ ، ١٧١ •
(٢) المبسوط جـ ٦ ص ١٩٦ – ٢٢١ والزيلعى جـ ٢ ص ٢١٩ – ٢٢٥ •
(٣) الدر المنتقى جـ ١ ص ٤٠٧ •
(٤) البدائع جـ ٣ ص ١١٣ •

زوجته أمر طلاقها لأن هذا اسقاط معلق والاسقاط المعلق ليس للشخص أن يرجع فيه . والمفوض اليه أمر الطلاق اما أن يوقعه عملا بمقتضى التفويض الصادر اليه من المفوض . واما أن يرد التفويض لأنه غير لازم بالنسبة له (١) وممن قال بقول الأحناف فى التفويض الزيدية (٢) فانهم يرون جوازه وأنه من قبيل التمليك عندهم يتم بمجرد صدوره مع امتثال المفوض اليه لأن الامتثال منه كالقبول فلا يحتاج منه الى التصريح بالقبول ولا يصح الرجوع عنه (٣) .

الفرق بين التفويض والتوكيل :

يفرق الأحناف بين التفويض والتوكيل بعدة أمور وهى (٤) :

(أ) أن الزوج لا يملك الرجوع عن التفويض بعد صدوره منه بخلاف التوكيل فان الموكل يملك الرجوع عن التوكيل ما لم ينفذ الوكيل ما وكل به .

(ب) أن المفوض لا يملك عزل من فوضه بالطلاق بخلاف التوكيل فان الموكل يملك عزل وكيله بالطلاق .

(جـ) أن المفوض اليه أمر الطلاق لا ينعزل بجنون المفوض لأن تفويض الطلاق فى معنى تعليقه فكأن الزوج قد علق طلاق زوجته على ايقاع الطلاق من المفوض اليه بخلاف الوكيل فانه ينعزل بجنون الموكل .

---

(١) البدائع جـ ٣ ص ١١٣ .

(٢) التاج المذهب جـ ٢ ص ١٦٤ - ١٦٩ والبحر الزخار جـ ٣ ص ١٦٢ وما بعدها .

(٣) أما لو تفاسخا بعد التمليك أو رجع المفوض عن تفويضه بالفعل بأن طلق زوجته بعد صدور التفويض منه صح رجوعه حينئذ وبطل التفويض لتولى الزوج الطلاق بنفسه اذ هو الأصل (يراجع التاج المذهب جـ ٢ ص ١٦٩) .

(٤) شرح تنوير الأبصار على ابن عابدين جـ ٢ ص ٥١٧ والبدائع جـ ٣ ص ١٢٢ .

(د) التفويض اذا كان مطلقا تقيد بالمجلس بخلاف التوكيل فانه لا يتقيد بالمجلس متى كانت الوكالة مطلقه · وللوكيل أن يطلق فى المجلس وبعده (١) ·

(هـ) لا يشترط فى المفوض اليه أمر الطلاق أن يكون بالغا عاقلا بخلاف الوكيل فانه يشترط فيه العقل والبلوغ ·

مذهب المالكيـة (٢) :

أما المالكية فانهم يرون أن تفويض الطلاق يكون بالتمليك أو التخيير وهو جائز فى كلتا الحالتين للزوجة أو غيرها (٣) وليس للزوج أن يرجع عن التفويض ويعزل المفوض اليه لأنه جعل اليه ما كان بيده من العصمة وأخرجه عنه وهذا بخلاف الوكالة حيث يجوز للموكل أن يعزل وكيله بالطلاق (٤) وتمليك الطلاق عندهم يكون بكل لفظ دل على جعل انشائه

---

(١) شرح العناية على الهداية جـ ٣ ص ٩٩ ·

(٢) الشرح الكبير جـ ٢ ص ٤٠٦ والخرشى جـ ٤ ص ٧٠ وما بعدها وشرح أبى الحسن جـ ٢ ص ٨٢ ·

(٣) جاء فى فرق الزواج للاستاذ على الخفيف بصفحة ٧١ ما نصه : « وأما التخيير فيكون باعطاء الزوج زوجته فقط الحق فى أن تبقى على عصمته أو تفارقه » أ· هـ· بناء على هذا النص يرى الأستاذ الخفيف أن المالكيـة لا يجيزون التفويض على سبيل التخيير الا للزوجة فقط وهذا يخالف ما جاء فى مصنفاتهم الفقهية · جاء فى شرح الخرشى جـ ٤ ص ٧٧ ما نصه : « ويجوز للزوج التفويض بأنواعه الثلاثة لغير الزوجة أجنبيا منها أو قريبا · وهو المشهور » وجاء فى حاشية الصعيدى على شرح أبى الحسن جـ ٢ ص ٨٢ : « قوله والخيرة · ضابطة جعل انشاء الطلاق ثلاثا حكما أو نصا عليها حقا لها وكذا لغيرها » أ· هـ· ونحن نرى أن ما ذكره الأستاذ الجليل ونسبه لمذهب المالكية انما هو رأى لبعضهم وهو أصبغ فانه خالف المالكية فى تفويض الطلاق للاجنبى حيث قال بعدم جوازه فان فعل الزوج ذلك رجع الأمر الى الزوجة لأن الأجنبى يعد نائبا عنها (يراجع مواهب الجليل جـ ٤ ص ٩٦ وحاشية العدوى على الخرشى جـ ٤ ص ٧٧) ·

(٤) شرح الزرقانى جـ ٤ ص ١٣٠ ·

حقا لها وكذا لغيرها راجحا فى الثلاث يخص بما دونها • مثل أمرك بيدك وطلقى نفسك • أما التخيير فيكون بلفظ اختارى أو اختارى نفسك مما يدل على جعل انشاء الطلاق ثلاثا حقا لها وكذا لغيرها (١) وعلى هـذا فالمالكية يفرقون بين التمليك والتخيير بأمرين :

الأول : انه لا يجوز للمملك أن يوقع أكثر من واحـدة الا اذا نص على ذلك فى التفويض صراحة • بخلاف المخير حيث يجوز له أن يوقع ثلاثا اذا كان التخيير مطلقا عن العدد فى المدخول بها •

الثانى : يجوز للزوج مناكرة (٢) المملكة فيما زاد على الواحدة بخلاف المخيرة المدخول بها فلا يجوز مناكرتها • أما غير المدخول بها فيجوز مناكرتها فيما زاد على الواحدة • وفى هذا يقول البنانى : ان هذا التفريق أمر عرفى لا مدخل للغة فيه لأن مناكرة المملكة دون المخيرة أمر مستفاد من العرف (٣)•

وحجتهم فى ذلك قوله تعالى : « يا أيها النبى قل لأزواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا » فهذه الآية تدل على جواز التخيير • وقد روى عن عائشة رضى الله عنها أنهـا قالت : خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه فلم يكن طلاقا • فهذا يدل على أن اختيار الزوجة نفسها يوجب الطلاق (٤) •

الفرق بين التوكيل والتفويض :

يفرق المالكية بين التوكيل والتفويض بأن التوكيل انما يفعل ما وكل به

---

(١) حاشية الصعيدى على شرح أبى الحسن جـ ٢ ص ٨٢ •

(٢) المناكرة هى عدم اعتراف الزوج بالزائد على الطلقة الواحدةبالنسبة للمخيرة قبل الدخول فاذا أوقعت أكثر من طلقة كان لزوج أن يناكرها فيمـا زاد عليها بأن يقول ما أردت الا طلقة واحدة • وأما بعـد البنـاء فليس له مناكرتها ، وأما المملكة اذا أوقعت أكثر من طلقة فللزوج أن يناكرها فيما زاد على الواحدة قبل الدخول وبعده (يراجع حاشية الدسوقى جـ ٢ ص ٤٠٨) •

(٣) حاشية البنانى على الزرقانى جـ ٤ ص ١٣٠ ، ١٣١ •

(٤) القرطبى جـ ١٤ ص ١٧١ •

على سبيل النيابة عمن وكله · أما الملك والمخير انما يفعلان ذلك عن نفسهما لأنهما ملكا ما كان يملكه الزوج (١) ·

مذهب الشافعية (٢) :

ذهب الشافعية الى جواز تفويض الطلاق للزوجة دون غيرها (٣) سواء أكان هذا التفويض بتخييرها أو بجعل أمرها بيدها أو بأن يأمرها بتطليق نفسها وهو من قبيل التمليك عندهم وهو المعتمد (٤) لأن ايقاعها الطلاق متضمن للقبول فيشترط لوقوعه تطليقها على فور لأن التمليك يقتضى الفورية وبهذا قال أبو اسحاق : وقال أبو العباس بن القاص : لها أن تطلق نفسها ما لم يتفرقا عن المجلس أو يحدث ما يقطع ذلك · هذا اذا كان التفويض مطلقا ·

وفى قول نسب لقديم أنه من قبيل التوكيل وفى اشتراط الفورية هنا قولان :

القول الأول : لا تشترط الفورية على الأصح كما فى توكيل الأجنبى ·

الثانى : تشترط الفورية لأن التفويض يتضمن تمليك الزوجة تطليق نفسها بلفظ تأتى به وذلك يقتضى جوابا عاجلا ويجوز للزوج الرجوع فى

---

(١) مواهب الجليل جـ ٤ ص ٩١ ·

(٢) نهاية المحتاج جـ ٦ ص ٤٢٨ ، ٤٣١ والمهذب جـ ٢ ص ٨٠ وشرح المنهاج لجلال الدين المحلى جـ ٣ ص ٣٢٩ ـ ٣٣١ ·

(٣) وبذلك قال زفر من الأحناف واصبغ من المالكية لأن انابة الأجنبى فى ايقاع الطلاق لا تكون تفويضا بل تكون توكيلا فلو قال الزوج لأجنبى طلق امرأتى ان شئت كان توكيلا بالطلاق (يراجع فتح القدير جـ ٣ ص ١١٦ والبدائع جـ ٣ ص ١٢٢ ، ١٢٣ ومواهب الجليل جـ ٤ ص ٩٦) ·

وهذا ـ على ما أعتقد ـ رأى سديد وهو الراجح فى نظرنا لأنه ليس هناك ما يدعو لتفويض الطلاق لشخص أجنبى اذ لا معنى لهذا سوى الحكم على الأسرة بالتشتيت والزوال وفق مشيئة المفوض اليه · فضلا عن بعد هذا الأمر عن حكمة تشريع الطلاق ·

(٤) حاشية القليوبى جـ ٣ ص ٣٢٩ وفتح البارى جـ ٩ ص ٢٦٩ ·

التفويض على القولين قبل ايقاع الطلاق لأن كلا من التمليك والتوكيل يجوز لموجبه الرجوع قبل قبوله ٠ ويزيد التوكيل بجواز ذلك بعده فلو طلقت قبل علمها برجوع الزوج عن تفويضه لم ينفذ طلاقها (١) ٠

وحجتهم فى ذلك ما روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت : لما أمر الله تعالى رسوله صلى الله عليه وسلم بتخيير نسائه بدأ بى فقال : انى مخبرك خبرا وما أحب أن تصنعى شيئا حتى تستأمرى أبويك ٠ ثم قال : ان الله تعالى قال : « يا أيها النبى قل لأزواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا » فقالت أو فى هذا أستأمر أبوى فانى أريد الله ورسوله والدار الآخرة ٠ ثم فعل أزواج النبى صلى الله عليه وسلم ما فعلته ٠

وجه الاستدلال بهذا الدليل أنه لو لم يكن لاختيارهن الفرقة أثر لم يكن لتخييرهن معنى (٢) ٠

اعترض على هذا الدليل بعدم صلاحيته للاحتجاج به (٣) لأن الطلاق لا يقع باختيارهن ان اخترن الفرقة بل لابد لايقاعه عليهن من انشاء طلاق منه بدليل قوله تعالى : « فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا » ٠

وأجيب عن هذا الاعتراض بأنه لما جاز أن يفوض اليهن سبب الفراق وهو اختيار الدنيا جاز أن يفوض اليهن السبب الذى هو الفراق قال ذلك الخطيب ٠

مذهب الحنابلة :

ذهب الحنابلة الى جواز تفويض الطلاق الى الزوجة أو غيرها ويرون أنه من قبيل التوكيل لا التمليك ٠ لأن الطلاق لا يصح تمليكه اذ لا ينتقل

---

(١) نهاية التاج جـ ٦ ص ٤٣٠ ٠

(٢) نفس المرجع ص ٤٢٨ والمهذب جـ ٢ ص ٨٠ ٠

(٣) اعترض ابن الرفعة على هذا الدليل حيث قال لا حجة فى الحديث (يراجع حاشية عميرة جـ ٣ ص ٣٢٩) ٠

عن الزوج وانما تصح الانابة فيه ٠

فاذا استناب الزوج غيره فيه صح ذلك وكان توكيلا (١) والتفويض عندهم يكون بأحد ثلاثة أمور : الأمر باليد والتخيير وطلقى نفسك ٠ فاذا قال الزوج لزوجته : أمرك بيدك فهو توكيل منه لها بالطلاق فلا يتقيد بالمجلس اذا كان مطلقا بل هو على التراخى لقول على رضى الله عنه فى رجل جعل أمر امرأته بيدها قال : « هو لها حتى تنكل » ، ولا نعرف له فى الصحابة مخالفا فيكون اجماعا ولأنه توكيل بالطلاق فكان على التراخى كالتوكيل فى البيع وكذلك الحكم اذا جعله بيد غيرها ، فان كان الأمر باليد مقيدا بزمن معين تقيد به فاذا انقضت تلك المدة بطل التفويض (٢) والطلاق بيدها ما لم يفسخ الزواج أو يطأ ٠ فان طلقت الزوجة نفسها فهى واحدة رجعية فان نوت أكثر من واحدة وقع الثلاث لأن اللفظ يقتضى العموم لأنه اسم جنس فيتناول الطلقات الثلاث ٠ فان قال الزوج لم أجعل اليك الا واحدة لم يلتفت الى قوله والقضاء ما قضت ٠ وبذلك قال عثمان وابن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب وعطاء والزهرى وروى ذلك عن على وفضالة ابن عبيد (٣) ٠

وان قال الزوج لامرأته اختارى نفسك فان كان التخيير مطلقا عن التقييد بزمن معين فللزوجة ايقاع الطلاق مادامت فى المجلس والا فلا خيار لها بعده ٠ روى ذلك عن عمر وعثمان وابن مسعود وجابر رضى الله عنهم وبه قال عطاء ومجاهد والشعبى والنخعى ٠ لما روى عن سعيد بن المسيب أنه قال : قضى عمر وعثمان فى الرجل يخير امرأته ان لها الخيار ما لم يتفرقا ٠ وقال الزهرى وقتادة وأبو عبيد وابن المنذر : هو على التراخى لقول النبى

---

(١) المغنى جـ ٨ ص ٢٨٨ وكشاف القناع جـ ٣ ص ١٥٣ ـ ١٥٥ والمحرر جـ ٢ ص ٥٦ ٠

(٢) المغنى جـ ٨ ص ٢٨٨ وكشاف القناع جـ ٣ ص ١٥٣ ٠

(٣) المغنى جـ ٨ ص ٢٨٩ ـ ٢٩١ ٠

صلى الله عليه وسلم لعائشة لما خبرها : « انى ذاكـر لك أمرا فلا عليك أن لا تعجلى حتى تستأمرى أبويك » فهذا دليل على أن التخيير يكون على التراخى وبذا يمتنع قصره على المجلس (١) ٠ فان كان الخيار مقيدا بزمن معين تقيد به وكذلك ان جعل لها الخيار متى شاءت كان لها ذلك فى عموم الأوقات فان اختارت نفسها فهى واحدة وهو أحق بها لأن قوله اختـــارى تفويض مطلق فيتناول أقل ما يقع عليه الاسم وهو طلقة واحدة ٠

فان جعل اليها أكثر من ذلك فلها ما جعل اليها (٢) أما ان قال لهـــا طلقى نفسك كان لها أن تطلق نفسها على التراخى كتوكيل الأجنبى وكقوله أمرك بيدك ٠ وقال القاضى لها أن تطلق نفسها فى المجلس كالتخيير المطلق وللمفوض اليه ايقاع طلقة واحدة فى حال الاطلاق عن العدد فان نوى الزوج بهذا التفويض ثلاثا فهى ثلاث (٣) ٠

مذهب الظاهرية والامامية :

يرى الظاهرية عدم جواز تفويض الطلاق مطلقا سواء أكـان للزوجة أم لغيـرها ٠ فمن خير امرأته أو جعل أمرها بيـدها أو أمرها بأن تطلق نفسها وكذلك ان فوضه الى غيرها ٠ فكل ذلك لا شىء ولا يقع به طلاق لأنه ليس لشىء من ذلك حكم لأن الطلاق انما جعله الله تعالى الى الرجال ولم يجعله الى النساء (٤) وبهذا قال الشيعة الامامية : فانهم يرون عدم جواز التفويض لأن تولية المرأة الطلاق ممنوعة ٠ وعلى هذا فلو اشترطت المرأة توليتها أمر الطلاق فى عقد النكاح كان باطلا (٥) ٠

وقد استدل ابن حزم لذلك بقوله تعالى : « يا أيها النبى قل لأزواجك

---

(١) المغنى جـ ٨ ص ٢٩٤ - ٢٩٥ وكشاف القناع جـ ٣ ص ١٥٤ ٠
(٢) المغنى جـ ٨ ص ٢٩٦ - ٢٩٨ والكشاف جـ ٣ ص ١٥٤ ٠
(٣) المغنى جـ ٨ ص ٣٠٠ ، ٣٠١ وكشاف القناع جـ ٣ ص ١٥٥ ٠
(٤) المحلى جـ ١٠ ص ١١٦ ، ١١٧ ، ٢١٦ ٠
(٥) جواهر الكلام جـ ٤ باب الطلاق ٠

ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتهـــا فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا » فانه يرى أن الله جل شأنه قد نص فى هذه الآية على أن نســـاء النبى صلى الله عليه وسلم ان اخترن الدنيا على الآخرة طلقهن النبى صلى الله عليه وسلم من قبل نفسه مختارا لطلاق . وليس لهن ايقـاع الطلاق على أنفسهن باختيارهن الدنيا . ومن ادعى غير هذا فقـــد حرف كلام الله وأقحم فى حكم الآية كذبا محضا ليس فيها منه نص ولا دليل . ولا حجة فى احد دون رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يأت فى القرآن ولا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أن قول الرجل لامرأته أمرك بيـدك يوجب أن تكون طالقا أو أن لها أن تطلق نفسها . وعلى هذا فلا يجوز أن يحرم على الرجل فرج أباحه الله تعالى له ورسوله بأقوال لم يوجبها الله تعالى ولا رسوله (١) كما استدل الامامية بحديث « انما الطلاق لمن أخذ بالساق » فان ظاهره يفيد منافاة تولية المرأة أمر الطلاق . كما استدلوا بما جاء فى مرسل مرازم عن أبى عبد الله . ما تقول فى رجل جعل أمر امرأته بيدها قال : فقال : ولى الأمر من ليس أهله وخالف السنة ولم يجز النكاح (٢) .

ويجاب عن استدلال الظاهرية بأن الآية اقتضت تخيير نساء النبى صلى الله عليه وسلم بين الفراق وبين النبى صلى الله عليه وسلم ، ويدل على هذا قوله تعالى : « فتعالين أمتعكن » والمتعة انما تكون بعد اختيارهن للطلاق (٣) ولم يثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الا التخيير بين البقاء والطلاق لذلك قال النبى صلى الله عليه وسلم لعائشة : « انى ذاكر لك أمرا فلا عليك أن لا تعجلى حتى تستـــأمرى أبويك .... الحديث » . ومعلوم أنه لم يرد الاستئمار فى اختيار الدنيا وزينتها على الآخرة فثبت

---

(١) المحلى جـ ١٠ ص ١٢٣ ، ١٢٤ .
(٢) جواهر الكلام جـ ٤ باب الطلاق .
(٣) الجصاص جـ ٣ ص ٤٤٠ .

أن الاستئمار انما وقع فى الطلاق (١) وأما قول ابن حزم انه لم يأت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما يفيد أن قول الرجل لامرأته أمرك بيـدك ما يوجب أن يبيح للمرأة أن تطلق نفسها .

نقول : جاء فى البخارى والبيهقى ونيل الأوطار (٢) عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت : لما أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بتخيير أزواجه بدأ بى فقال : انى ذاكر لك أمرا فلا عليك أن لا تعجلى حتى تستأمرى أبويك . قالت : وقد علم أن أبوى لم يكونا ليأمرانى بفراقه . ظاهر هذا الحديث يفيد أن أبويها لو أمراها بالفراق ، أو أنها اختارت الفراق لكان فرقة . وما هذا الا لكونها تملك ما به التفريق وهو الطلاق . كما أن ظاهر الآية يفيد أن من اختارت الدنيا لم يكن لزوجها امساكها وانما الواجب عليه التسريح والمتعة وهذا غير الطلاق اذ لا يحل له امساكها فاذن كانت الفرقة واجبة وما كانت الفرقة واجبة الا باختيارها الدنيا فلزم أن يكون اختيـارها الدنيـا اختيارا للفرقة . ومما يؤيد أن اختيارها الفرقة اختيار للطلاق . ما جاء فى البخارى عن مسروق قال (٣) : « سألت عائشة رضى الله عنها عن الخيرة فقالت : « خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أفكان طـلاقا » قال مسروق : « لا أبالى أخيرتها واحدة أو مائة بعد أن تختارنى » . فقول مسروق - وهو راوى الحديث - ظاهره ان الواحدة هى التطليقة ولم تكن لتختارها الا لأنها تملكها - وبهذا يبطل ما احتج به ابن حزم . وأما قوله من ادعى غير هذا فقد حرف كلام الله تعالى . **أقول** : انه لا تحريف كما يدعى . بل الحق أن من قال اختيار الزوجة اختيار لايقاع الطلاق من جهتها كما هو ظاهر من سياق حديث عائشة .

---

(١) القرطبى ج ١٤ ص ١٧٠ .
(٢) فتح البارى ج ٩ ص ٢٩٥ والبيهقى ج ٧ ص ٣٤٤ ، ٣٤٥ ونيل الأوطار ج ٦ ص ٣٤١ .
(٣) فتح البارى ج ٩ ص ٢٩٥ .

ويجاب عن استدلال الامامية بحديث « انما الطلاق لمن أخذ بالساق » بأن هذا الحديث يفيد قصر ملكية الطلاق على الأزواج ونفى الملكية عن غير الأزواج . وبناء على هذا فالحديث لا يفيد نفى التفويض لأن المفوض اليهأمر الطلاق لا يتصرف على انه أصيل وانما يتصرف بناء على أنه مفوض من قبل المالك الأصلى . وبهذا يبطل احتجاجهم بهذا الدليل .

هل يجوز استمرار العصمة بيد الزوجة بمقتضى التفويض ؟

الاجابة على هذا تقتضى بيان آراء الفقهاء فى صيغة التفويض اذا كانت مطلقة أو مقيدة أو عامة .

يرى جمهور الفقهاء (١) – ان صيغة التفويض اذا كانت مطلقة غير مقيدة بزمن معين فان من حق المفوض اليه ايقاع الطلاق فى مجلس التفويض لأن التفويض المطلق يتقيد بالمجلس . ويبطل حقه فى الايقاع بانتهاء المجلس . وحجتهم فى هذا ما روى عن عمر وعثمان وعلى وابن مسعود وابن عمر وجابر بن زيد وعائشة أنهم قالوا : اذا خير الرجل امرأته كان لها الخيار مادامت فى المجلس فان قامت منه فلا خيار لها ولم ينقل عن غيرهم خلاف (٢) وهذا ما رجحه ابن القاسم وهو الرأى الذى رجع اليه الامام مالك ومات عليه وعليه جمهور أصحابه (٣) وهو قول الثورى والليث والأوزاعى (٤) وقد روى ذلك عن شريح ومسروق وعطاء ومجاهد والشعبى والنخعى (٥) وهو قول للشافعية (٦) وقال ابن المنذر (٧) : الراجح أن التفويض لا يتقيد

---

(١) فتح القدير جـ ٣ ص ٩٩ وشرح أبى الحسن جـ ٢ ص ٨٢ ونهاية المحتاج جـ ٦ ص ٤٢٨ – ٤٢٩ .
(٢) شرح العناية على الهداية جـ ٣ ص ٩٩ .
(٣) جواهر الاكليل جـ ١ ص ٣٦٠ .
(٤) فتح البارى جـ ٩ ص ٢٩٦ .
(٥) مختصر سنن أبى داود جـ ٣ ص ١٣١ .
(٦) المهذب جـ ٢ ص ٨٠ .
(٧) فتح البارى جـ ٩ ص ٢٩٦ ونيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٤٢ ، ص ٢٤٢ والقرطبى جـ ١٤ ص ١٧٣ .

بالمجلس ولا يشترط فيه الفور وهو قول الحسن والزهرى وبه قال أبو عبيد ومحمد بن نصر من الشافعية والطحاوى من الحنفية وحجتهم فى هذا قول النبى صلى الله عليه وسلم لعائشة لما خيرها : « انى ذاكر لك أمرا فلا عليك أن لا تعجلى حتى تستأمرى أبويك .. الحديث » . فان ظاهر هذا الحديث يقتضى أن النبى صلى الله عليه وسلم قد أعطى لعائشة فسحة من الوقت للتأمل والنظر فاما أن تقضى بايقاع الطلاق واما أن ترد التفويض . فهذا يفيد عدم اشتراط الفور .

أما الحنابلة فانهم قد فصلوا القول فى هذا . حيث يرون أن التفويض اذا كان بصيغة الأمر باليد أو بقول الزوج طلقى نفسك . فان كان مطلقا يكون على التراخى ولا يتقيد بالمجلس (١) وقال القاضى من فقهاء الحنابلة اذا كان التفويض بقوله طلقى نفسك تقيد بالمجلس اذا كان مطلقا كاختارى(٢) ، أما اذا كان بصيغة اختارى نفسك فان كان مطلقا تقيد بالمجلس (٣) .

أما اذا كانت الصيغة مقيدة بزمن معين مثل أن يقول الزوج لزوجته أمرك بيدك سنة فانها تملك عصمتها طيلة هذه المدة . ويبطل حقها بانتهاء المدة . أما اذا كانت الصيغة مقترنة بما يدل على التعميم مثل أن يقول الزوج لزوجته أمرك بيدك اذا شئت أو متى شئت كان للزوجة أن تطلق نفسها أى وقت شاءت عملا بمقتضى العموم المستفاد من الصيغة وعلى هذا فيجوز استمرار العصمة بيد الزوجة اذا كانت الصيغة مطلقة أو عامة (٤) .

---

(١) المغنى جـ ٨ ص ٢٨٨ ، ٣٠٠ .
(٢) نفس المرجع ص ٣٠١ .
(٣) نفس المرجع ص ٢٩٣ .
(٤) البدائع جـ ٣ ص ١١٥ - ١١٧ والمدونة جـ ٢ ص ٢٧١ ونهاية المحتاج جـ ٦ ص ٤٢٩ والمغنى جـ ٨ ص ٢٩٣ - ٢٩٦ .

الا أنَ المالكية يرون أنه يجب أن يحـال بين الزوجين فى التفـويض كالتوكيل حتى تجيب الزوجة فتطلق نفسها أو ترد ما بيدها من تفويض ٠ ومحل ذلك اذا لم يعلق التخيير أو التمليك على شىء كقدوم زيد ، فان علقه فلا حيلولة حتى يحصل المعلق عليه (١) وبناء على هذا فانه لا يجوز استمرار العصمة بيد الزوجة بمقتضى التفويض ٠

الترجيح :

نحن نرى ـ على ضوء ما سبق ـ أن الراجح هنا هو مذهب جمهـور الفقهاء لقوة أدلتهم وضعف ما عداها ٠

كما نرى أن تفويض الطـلاق الى غير الزوجة أمر لا داعى له ٠ لأن الطلاق من الأمور الخطيرة فيجب أن يكون تفويضه قاصرا على الزوجة فقط٠ لا سيما وأن الزوج يملك أن يطلق بالكتابة والوكالة ٠ اذن فلا داعى لتفويض الأجنبى تضـييقا لـدائرة الطلاق عمـلا بمذهب الشـافعية ٠ وتفويض الطلاق الى الزوجة قد يكون لمصلحة لأن الزوج اذا فوض أمر الطـلاق الى زوجته فانها تكون على بينة من أمرها فان رضيت خلقه وخلقه أقامت معه وردت التفويض ٠ وان كرهته فارقته ٠ فالتفويض اذن مصلحة للزوجين معا وليس فيه ما يقتضى تغيير شرع الله وحكمته ٠ ومن الأفضل ألا يترك تفويض الطلاق الى الزوجة مطلقا عاما فى كل الأوقات ٠ لأن هذا أمر يترتب عليه عدم استقرار الأسرة واطمئنانها على مستقبل حياتها ٠ بل الواجب أن يكون التفويض مقيدا بزمن معين ٠ وحينئـذ فاما أن يستعمل المفوض اليه أمر الطلاق حقه فى ايقاع الطـلاق فى تلك المدة واما أن يرد التفويض لكى يتوفر الاستقرار والثبات للاسرة وتعيش وهى مطمئنة على مستقبلها ٠

---

(١) الشرح الكبير جـ ٢ ص ٤٠٦ ، ٤٠٧ والخرشى جـ ٤ ص ٧٠ ٠

التفويض فى مشروع القانون :

نص مشروع القانون المقترح على جواز تفويض الطلاق الى الزوجة فقط ٠ فقد جاء فى الفقرة الأولى من المادة ١١٢ ما يأتى : « للزوج أن يجعل الطلاق لزوجته اما بتخييرها نفسها أو جعل أمرها بيدها أو بتفويضه لمشيئتها ولا يملك الزوج الرجوع عن ذلك بعد ايجابه قبل جواب الزوجة ولا عزلها منه » ٠

وجاء فى الفقرة الثانية من نفس المادة ما يأتى : « وتملك الزوجة به طلاق نفسها مقتصرا على مجلسه أو مجلس العلم به الا اذا كانت عبارته تفيد عموم الأوقات أو التقيد بزمن معين ٠ واذا لم تعلم بذلك الا بعد فوات الوقت المعين بطل » ٠

كما نصت الفقرة الأولى من المادة : « ويعتبر تفويض غير الزوجة توكيلا » وحسنا فعل واضعو المشروع بقصرهم التفويض على الزوجة فقط ٠

نوع الطلاق الواقع بالتفويض فى القانون :

ان المادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعمول به حاليا فى جمهورية مصر العربية نصت على أن كل طلاق يقع رجعيا الا ما استثنى ٠ والطلاق الواقع بالتفويض لم يستثن وقد سلك مشروع القانون نفس المسلك حيث نصت المادة (١١٥) على ما يأتى : « كل طلاق يقع رجعيا الا الطلاق قبل الدخول والطلاق على بدل والطلاق المكمل للثلاث ٠ وما نص على كونه بائنا فى القانون » وبهذا يكون المشروع لم ينص على نوع الطلاق الواقع بالتفويض ولم يستثنه ٠

لذا فاننى أرى أن مشروع القانون يتسم بالقصور فى هذه الناحية حيث كان يجب على واضعى المشروع أن يعملوا على سد النقص الموجود فى القانون المعمول به حاليا بالنص على نوع الطلاق الواقع بالتفويض ٠

بناء على هذا فانى أقترح اضافة هـذه الفقرة الى المـادة (١١٥) من المشروع وهى : « الطلاق الواقع بالتفويض يكون بائنـا اذا كان بصـيغة الأمر باليد أو الاختيار ، ويكون رجعيا اذا كان بصيغة طلقى نفسك » ٠

وقد نص القانون المغربى على ذلك فى الفصل (٦٧) حيث قال : « كل طلاق أوقعه الزوج فهو رجعى الا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والخلع والمملك » ٠

الفصل الثالث

تمهيـــــد :

سبق أن بينا أن الشارع الحكيم جعل الطلاق من حق الزوج ٠ الا أنه قد أوجب توافر قيود معينة فيمن يوقع الطلاق من الأزواج فان تحققت هـذه القيود كان الطلاق صحيحا ومعتدا به شرعا وان فقدت أو فقد قيد منها لم يكن الطلاق معتدا به شرعا ٠

وهذه القيود هى : البلوغ والعقل والاختيـار والقصد (١) ، أما البلوغ والعقل فلأن بهما تكمل أهلية الأداء التى تتوقف عليهـــا صحة التصرفات وهذا محل اتفاق بين الفقهاء ٠ وأما القصد والاختيار ففى اعتبارهما خلاف بين الفقهاء وسنبين فى هذا الفصل هـذه القيود والآثار المترتبة على عدم تحققها وآراء الفقهاء فى ذ ك ٠

المبحث الاول

فى قيـد البلوغ

اختلف الفقهاء فى اشتراط البلوغ فى المطلق على قولين :

القول الأول : ذهب جمهور الفقهاء (٢) والزيدية والامامية (٣) الى أنه يشترط فى المطلق أن يكون بالغا لأن أهلية الأداء التى تتوقف عليها صـحة

---

(١) المراد من القصد هنا قصد التلفظ بالطلاق ٠

(٢) فتح القدير جـ ٣ ص ٣٨ والمبسوط جـ ٦ ص ٥٣ ومسالك الـدلالة ص ٢٠٢ وبداية المجتهد جـ ٢ ص ٨٠ وشرح المنهاج لجلال الدين المحلى جـ ٣ ص ٣٢٣ والمهذب جـ ٢ ص ٧٧ ٠

(٣) التاج المذهب جـ ٢ ص ١١٩ والبحر الزخار جـ ٣ ص ١٦٥ وشرائع الاسلام ص ٢٠٥ ٠

التصرفات مدارها البلوغ وهذا معلوم من كليات الشريعة • وعلى هـــذا فلا يقع طلاق الصبى مطلقا سواء أكان مميزا أم غير مميز • لأن الطلاق شرع حيث تكون المصلحة فى ايقاعه ولا يدرك المصلحة الا من يكون بالغـا (١) وقد روى ذلك عن على وابن عبـــاس رضى الله عنهما وهـــو قول النخعى والزهرى وحماد والثورى وأبى عبيد (٢) •

وحجتهم فى ذلك ما جاء فى سنن البيهقى (٣) عن على رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « رفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبى حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل » •

فهذا الحديث يدل بنصه على أن التكليف مرفوع عن الصبى حتى يكبر واذا انعدم التكليف فى حقه فلا يقع طلاقه لسلب عبارته •

وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « كل طـلاق جائز الا طلاق الصبى والمجنون » (٤) فهذا الحديث يدل بنصه على عدم جواز الطلاق من الصبى •

وجاء فى خبر أبى الصباح عن أبى عبد الله ليس طلاق الصبى بشىء (٥) فهذا دليل على أن طلاق الصبى لا يعتد به لعدم تكليفه لأن الأفعال الصادرة من الصبى لا حكم لها فى الشرع (٦) •

---

(١) المغنى جـ ٨ ص ٢٥٧ روى ابن أبى شيبة فى مصنفه عن ابن‌عباس أنه قال : « لا يجوز طلاق الصبى » وروى عبد الرزاق عن على قال : « لايجوز على الغلام طلاق حتى يحتلم » (يراجع نصب الراية جـ ٣ ص ٢٢٢) •

(٢) المغنى جـ ٨ ص ٢٥٧ •

(٣) سنن البيهقى جـ ٧ ص ٣٥٩ •

(٤) فتح القدير جـ ٣ ص ٣٨ •

(٥) جواهر الكلام ص ٤ باب الطلاق •

(٦) وبذلك قال الشعبى والحسن وابراهيم والحـــكم (يراجع سنن البيهقى جـ ٧ ص ٣٥٩ ومسالك الدلالة ص٢٠٢) •

القول الثاني : انه لا يشترط فى المطلق أن يكون با غـــا بل يكفى أن يكون مميزا وبناء على هذا يقع طلاق الصبى اذا كان مميزا ولا يقع طـلاق الصبى غير المميز ذهب الى ذلك الحنابلة فى احدى الروايتين عنهم (١) وقد اختار هذه الرواية أبو بكر والخرقى وابن حامد من فقهائهم وعليها اقتصر صاحب كشاف القناع حيث قال : ويصح الطلاق من الزوج ولو مميزا بعقله ولو كان المميز دون عشر (٢) ٠

وروى ذلك عن سعيد بن المسيب وعطاء والحسن الشعبى واسحاق (٣)٠ وحجتهم فى ذلك قول النبى صلى الله عليه وسلم : « كل الطلاق جائز الا طلاق المعتوه المغلوب على عقله » (٤) فهذا الحديث يدل على جواز طـــلاق الصبى لأنه داخل تحت قوله كل الطلاق جائز ٠ حيث لم يستثن ٠

وقد اعترض على هذا الدليل بأنه ورد فى سنن الترمذى عن أبى هريرة وقد ضعفه الترمذى لأنه من رواية عطاء بن عجلان وضعفه مشهور وقد رمى بالكذب فلا يصلح للاحتجاج به (٥) ٠

كما احتجوا بقول النبى صلى الله عليه وسلم « الطلاق بيد من أخـــذ بالساق » فان ظاهره يدل على قصر الطلاق على الأزواج وبناء على هذا يجوز طلاق الصبى ٠

وقد أجيب عن هذا الدليل بأنه عام وقد خصص بالأدلة الأخرى المانعـة من وقوع الطلاق من غير البالغ - مثل حديث رفع القلم عن ثلاثة عن النائم

---

(١) المغنى جـ ٨ ص ٢٥٧ وكشاف القناع جـ ٣ ص ١٣٩ ٠
(٢) كشاف القناع جـ ٣ ص ١٣٩ ٠
(٣) المغنى جـ ٨ ص ٢٥٧ ٠ وقد قال بذلك ابن الجنيـــد من فقهـــاء الشيعة الامامية الا أن صاحب شرائع الاسلام قال انها رواية ضعيفة (يراجع شرائع الاسلام ص ٢٠٥ وجواهر الكلام جـ ٤ باب الطلاق) ٠
(٤) المغنى جـ ٨ ص ٢٥٧ ، ٢٥٨ والكشاف جـ ٣ ص ١٣٩ ، ١٤٠ ٠
(٥) فتح القدير جـ ٣ ص ٣٨ وزاد المعاد جـ ٤ ص ٤٠ ٠

حتى يستيقظ وعن الصبى حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل - اذ العام يجب حمله على الخاص على الصحيح • وبذا يبطل الاحتجاج بهذا الدليل •

الترجيح :

والراجح هنا هو رأى جمهور الفقهاء ومن وافقهم من القول بعدم وقوع طلاق الصبى لقوة أدلتهم وضعف ما عداها ولأن أهلية الأداء مدارها على البلوغ والعقل فاذا فقد أحدهما فلا تعتبر التصرفات صحيحة • ولأن الطلاق شرع للمصلحة ولا يدرك المصلحة الا من يكون بالغا •

المبحث الثانى

فى قيد العقل

ان العقل أداة التفكير السليم عند الانسان وبه يعرف كون التصرف من مصالح الانسان أم لا • لأن التصرفات انما شرعت لمصالح العباد • فتكليف العبد مبناه العقل الذى هو شرط منشروط أهلية التصرف التىمدارها العقل (١) • وبناء على هذا فقد اشترط الفقهاء (٢) فى المطلق أن يكون عاقلا فان تحقق هذا القيد وقع الطلاق من الزوج وكان صحيحا شرعا وترتبت عليه آثاره • اما اذا انتفى هذا القيد بأن كان الزوج مجنونا أو معتوها أو مدهوشا أو نائما أو سكران أو غضبان أو مغمى عليه فلا يقع طلاقه - على اختلاف بين الفقهاء فى بعض هذه الحالات - لأن مناط التكليف وهو العقل غير موجود • واذا انعدم التكليف فى حقهم فلا يقع طلاقهم •

وسنبين فى هذا المبحث كل حالة من هذه الحالات وآراء الفقهاء فى ذلك •

---

(١) والبلوغ •

(٢) فتح القدير جـ ٣ ص ٣٨ والبدائع جـ ٣ ص ٩٩ والشرح الكبير جـ ٣ ص ٣٦٥ والمهذب جـ ٢ ص ٧٧ ونهاية المحتاج جـ ٦ ص ٤١٤ والمغنى جـ ٨ ص ٢٥٤ والمحلى جـ ١٠ ص ٢٠٨ والبحر الزخار جـ ٣ ص ١٦٥ والتاج المذهب جـ ٢ ص ١١٩ وشرائع الاسلام ص ٢٠٥ •

أولا ـ طلاق المجنون (١) :

بما ان الطلاق من التصرفات التى يعتمد فى صحتها على أهلية من يوقعه وهذه الأهليه لا تكون كاملة الا بتحقق العقل وبذلك قال الفقهاء (٢) لذا فانهم لم يختلفوا فى عدم جواز صحة الطلاق من المجنون لانعدام القصد الصحيح عنده لعدم ادراكه اذ التصرفات كلها منوطة بالادراك وحجتهم فى ذلك ما روى عن عائشة رضى الله عنها (٣) ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « رفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ وعن الصغير حتى يكبر وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق » (٤) فهذا الحديث يدل بنصه على ان التكليف مرفوع عن المجنون حتى يعقل ٠ لذا فان طلاقه لا يصح لانعدام القصد الصحيح عنده ٠

ثانيا ـ طلاق المعتوه والنائم والمغمى عليه :

العته اختلال فى العقل يؤثر على صاحبه بحيث يجعله قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير الا أنه لا يضرب ولا يشتم كالمجنون ٠ لكنه

---

(١) عرف صاحب المنار الجنون بقوله : هو آفة تحل بالدماغ تبعث على الاقدام على ما يضاد مقتضى العقل من غير ضعف فى أعضائه ويسقط به كل العبادات وكذا الطلاق والعتاق والهبة ٠ ويستنتج من هذا التعريف أن الجنون أمر عارض تنتفى معه أهلية الأداء لزوال التمييز معه فيكون حكم المجنون حكم الصبى الذى لا يميز فهما اذن فى الحكم سواء (يراجع شرح المنار ص ٩٤٧ وشرح التوضيح جـ ٢ ص ١٦٧) ٠

(٢) البدائع جـ ٣ ص ٩٩ وشرح الخرشى جـ ٤ ص ٣١ والمهذب جـ ٢ ص ٧٧ والمغنى جـ ٨ ص ٢٥٤ والمحلى جـ ١٠ ص ٢٠٨ والبحر الزخار جـ ٣ ص ١٦٥ وشرائع الاسلام ص ٢٠٥ ٠

(٣) سنن ابن ماجه جـ ١ ص ٣٢٢ وسبل السلام جـ ٣ ص ٢٢٣ ٠

(٤) وقد روى هذا الحديث برواية أخرى عن على رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم (يراجع سنن البيهقى جـ ٧ ص ٣٥٩ والبخارى بشرح الكرمانى جـ ١٩ ص ١٩٥) ٠

بتصرف تصرف المجانين عن قصد مع ظهور الفساد (١) فالعتــــه اذا ذهب بالعقل والتمييز يكون نوعا من الجنون المساكن فيأخذ المعتوه حينئذ حكم المجنون المطبق (٢) فتنتفى عنه أهلية الأداء وتلغو عبارته • أما اذا لم يذهب بالتمييز فيكون حكم المعتوه حكم الصبى المميز حيث تكون له أهليــــة أداء ناقصة (٣) •

وبناء على هــذا فان الأئمة الأربعــــة (٤) والظـــاهرية والزيدية (٥) والامامية (٦) يرون عدم جواز صحة الطــــلاق من المعتوه لانعدام القصــــد الصحيح عنده لأن الطلاق قول يزيل الملك فاعتبر له العقــــل كالبيع • وهو مروى عن على رضى الله عنه (٧) •

وحجتهم فى ذلك ما روى عن عطاء بن عجــــلان عن عكرمة بن خالــــد المخزومى عن أبى هــريرة قال (٨) : « قال رسول الله صلى الله عليـــــه وسلم : « كل طــلاق جائز الا طــــلاق المعتوه المغلوب على عقــــله » أخرجه الترمذى (٩) •

وجه الاستدلال بهذا الحديث أنه يدل بنصه على عــــدم جواز صــحة

---

(١) الزيلعى جـ ٢ ص ١٩٥ وشرح التوضيح جـ ٢ ص ١٦٨ •
(٢) والمجنون المطبق هو فى حــكم الصغير غير المميز (يراجع مجلة الأحكام مادة (٩٧٩) •
(٣) المعاملات الشرعية ص ٢٤٧ للاستاذ الخفيف •
(٤) المبسوط جـ ٦ ص ١٧٨ والشرح الكبير جـ ٢ ص ٣٦٥ والمهــــذب جـ ٢ ص ٧٧ والمغنى جـ ٨ ص ٢٥٤ •
(٥) المحلى جـ ١٠ ص ٢٠٩ ، ٢١٠ ، ٢١١ والبحر الزخــار جـ ٣ ص ١٦٥ •
(٦) جواهر الكلام جـ ٤ باب الطلاق • وللشيعة الامامية رواية مقتضاها أنه يجوز للمعتوه مباشرة الطلاق اذا أذن له وليه •
(٧) نصب الراية جـ ٣ ص ٢٢٢ وسنن البيهقى جـ ٧ ص ٣٥٧ ونيــل الأوطار جـ ٦ ص ٢٣٥ •
(٨) نصب الراية جـ ٣ ص ٢٢١ •
(٩) هذا الحديث من رواية عطاء بن عجلان وهو ضعيف ، نفس المرجع •

الطلاق من المعتوه • ويؤيد ذلك ما قاله الترمذى : ان العمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم وغيرهم • الا اذا كان المعتوه يفيق فى بعض الأحيان فيصح طلاقه فى حالة الافاقة •

وكذلك الحكم بالنسبة للنائم والمغمى عليه فانه لا يجوز لأى منهما أن يطلق • فان طلق لا يقع طلاقه ولا يعتد به شرعا لفقدان الأهلية وهذا محل اتفاق بين الأئمة الأربعة ومن وافقهم لحديث رفع القلم عن ثلاثة •

ثالثا ـ طلاق المدهوش (١) :

المدهوش هو من يغلب عليه الخلل فى أقواله وأفعاله لعارض مفاجىء فلا يدرى ما يقول لسبب ما كصدمة عصبية أصابته وأفقدته عقله فترة من الزمن • فان طلق زوجته فى تلك الفترة لم يقع طلاقه سواء أكان فاهما لما يقول أم غير فاهم لخلو عبارته حينئذ من الادراك السليم • وهذا ما رجحه ابن عابدين حيث قال (٢) : « فالذى ينبغى التعويل عليه فى المدهوش اناطة الحكم بغلبة الخلل فى أقواله وأفعاله الخارجة عن عادته » أما صاحب الفتاوى الخيرية فقد جعل الدهش قسما من أقسام الجنون حيث قال (٣) : « واعلم أنهم أجمعوا على أن غير العاقل لا يقع طلاقه » فدخل فى غير العاقل كل من زال عقله بجنون أو عته أو برسام أو اغماء أو دهش والجنون داء معروف ، وكذلك يكون الحكم فيمن اختل عقله لكبر أو مرض مادام الشخص فى حال غلبة الخلل فى الأقوال والأفعال وتكون عبارته حينئذ ملغاة وان كان يعلمها ويريدها لأن هذه المعرفة والارادة تكون غير معتبرة لعدم حصولها عن ادراك صحيح (٤) •

---

(١) دهش الرجل تحير فهو دهش ومدهوش ودهشان وقد اقتصر صاحب المصباح فى تفسير المدهوش على ذهاب العقل حياء وخوفا (يراجع المصباح المنير) •

(٢) حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٤٦٣ •

(٣) الفتاوى الخيرية جـ ١ ص ٣٩ ، ٤٠ • والبرسام داء معروف وقيل ورم حاد يعرض للحجاب الذى بين الكبد والأمعاء ويصلها للدماغ •

(٤) حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٤٦٣ وفتح القدير جـ ٣ ص ٣٨ والشرح الكبير جـ ٢ ص ٣٦٦ •

رابعا ـ طلاق الغضبان :

قسم بعض الفقهاء طلاق الغضبان الى ثلاثة أقسام (١) :

القسم الأول : ما يزيل العقل فلا يشعر صاحبه بما صدر منه وفى هذه الحالة يكون حكمه حكم المجنون فلا تعتبر أقواله وأفعاله لفقـدانه الادراك الصحيح وعلى هذا فلا يصح طلاقه عند الفقهاء (٢) ٠

القسم الثانى : أن يكون الغضب فى مباديه الا أنه لا يمنع صاحبه من تصور ما يقول ويقصده لأنه لم يؤثر الغضب فى عقله بما يجعل ادراكه غير صحيح وعلى هذا فطلاقه حينئذ واقع بلا نزاع ٠

القسم الثالث : أن يستحكم الغضب ويشتد بصاحبه الا أنه لا يزيل عقله بالكلية ولكن يحول بينه وبين نيته بحيث يندم على ما فرط منه ٠ فهذا القسم محل نظر بين الفقهاء ٠ الا أن ابن القيم يرى عدم وقوع الطلاق حينئذ (٣) ٠

وقد استدل لذلك بالكتاب والسنة ٠

أولا ـ الكتـــاب :

قال تعالى : « واما ينزغنك من الشيطان نزغ فاستعذ بالله انه هـو السميع العليم » (٤) ٠

وجه الاستدلال بهذه الآية انها تدل على أن طلاق الغضبان فى حـالة شدة غضبه لا اعتبار به لأنه من نزغات الشيطان وكل ما كان من نزغات الشيطان لا عبرة به ومنه الطلاق (٥) ٠

---

(١) زاد المعاد جـ ٤ ص ٤٢ وحاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٤٦٢ ، ٤٦٣ ٠
(٢) ابن عابدين جـ ٢ ص ٤٦٢ ، ٤٦٣ وحاشـية الصـاوى على الشرح الصغير جـ ١ ص ٣٩٥ ، ٣٩٦ وزاد المعاد جـ ٤ ص ٤٢ ٠
(٣) نفس المرجع (زاد المعاد جـ ٤ ص ٤٢) ٠
(٤) الآية رقم ٣٦ من سورة فصلت ٠
(٥) اغاثة اللهفان ص ٩ ٠

ثانيا ـ السـنة :

روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت (١) : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لا طلاق ولا عتاق فى اغلاق » وقد فسر الامام أحمد الاغلاق بالغضب كما روى عنه فى الشافى وزاد المسافر (٢) وممن قال بذلك أبو داود حيث قال : « الغلاق أظنه فى الغضب » (٣) .

وجه الاستدلال بهذا الحديث انه يدل على أن الغضبان الذى يمنعه الغضب من معرفة ما يقول لا يقع طلاقه لأنه كالمكره ، بل المكره أحسن حالا منه . فاذا لم يقع الطلاق من المكره فالغضبان أولى بعدم وقوع طلاقه (٤) .

وقد استظهر ابن عابدين فى حاشيته (٥) أن الغضبان لا يلزم فيه أن يكون زائل العقل بحيث لا يعلم ما يقول بل يكتفى فيه بغلبة الهذيان واختلاط جده بهزله .

ونحن نرى أن ما استظهره ابن عابدين يصلح لأن يكون ضابطا لتحديد الغضبان الذى لا يقع طلاقه . لأن الطلاق يجب أن يكون صادرا عن ارادة صحيحة ووعى تام وعليه اذن تحمل الأدلة التى تقضى بعدم وقوع الطلاق من الغضبان . والا فهى صالحة لشمولها للتقسيمات الثلاثة . وقد قال ابن القيم انه لا نزاع فى وقوع الطلاق من الغضبان اذا كان فى مبادىء الغضب بحيث يكون مدركا لما يقول .

خامسا ـ طلاق السكران (٦) :

بما أن العقل قيد من القيود الواجب توافرها فى المطلق لأنه شرط أهلية

---

(١) مختصر سنن أبى داود جـ ٣ ص ١١٧ .
(٢) زاد المعاد جـ ٤ ص ٤٢ .
(٣) مختصر سنن أبى داود جـ ٣ ص ١١٧ .
(٤) اغاثة اللهفان ص ١٠ ـ ١٨ .
(٥) حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٤٦٢ ، ٤٦٣ .
(٦) عرف أبو حنيفة السكر بقوله : هو سرور يزيل العقل فلا يعرف =

التصرف ٠ فاذن فقد ترتب على فقدانه بطلان عبارة المتصرف ٠ لهذا كان من الواجب ابطال تصرفات السكران لعدم وجود عقله حال سكره كما قيل فى المجنون والصبى ٠ الا أن الفقهاء وقفوا من تصرفات السكران موقفين : فمنهم من قال : باهدار تصرفاته أسوة بتصرفات المجنون والصبى ٠ ومنهم من مال الى التفصيل مميزا بين حالة السكر بمحرم حيث تعتبر تصرفات السكران حينئذ صحيحة ، وبين حالة السكر بمباح حيث تعتبر تصرفاته حينئذ باطلة عملا بالقاعدة التى تقضى بابطال تصرفات من انعدم تمييزهم حقيقة أو حكما ٠

والسبب فى اختلاف الفقهاء راجع الى النظر ٠ فمن قال بابطال تصرفات السكران نظر الى السكر فى حد ذاته من حيث أنه مذهب للعقل الذى هو مناط التكليف ٠ ومن قال : بصحة تصرفاته فانه لم ينظر الى السكر فى حد ذاته باعتباره مزيلا للعقل ٠ بل نظر الى سبب السكر والى وقوعه بالرضا أو بالاكراه ٠ فربط هذا الفريق بين سبب السكر وبين أثره ٠ وبنى على ذلك أن السكر اذا كان بسبب مباح كما لو شرب الخمر للتداوى أو شربها مكرها فلا يقع طلاقه ٠ أما اذا شربها طائعا مختارا ـ لغير قصد التداوى ـ فطلاقه واقع وتصرفاته صحيحة ٠

وسنبين فى هذا الموضوع رأى كل فريق وأدلته وترجيح الراجح منها ٠

رأى الفريق القائل بوقوع طلاق السكران :

ذهب هذا الفريق من الفقهاء ـ وهم جمهور الأحناف والمالكية والشافعية على الصحيح عندهم والحنابلة فى احدى الروايتين وجمهور الزيدية (١) ـ

=

صاحبه السماء من الأرض بخلاف الصاحبين فقد قالا : هو سرور يغلب على العقل فيجعل صاحبه يهذى فى كلامه ٠ والخلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه فى تعريف السكر لا أثر له فى وقوع الطلاق وعدمه لأنه واقع على كلا التعريفين (يراجع حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٤٥٩) ٠

(١) الزيلعى جـ ٢ ص ١٩٦ والمبسوط جـ ٦ ص ١٧٦ والشرح الكبير جـ ٢ ص ٣٦٥ والخرشى جـ ٤ ص ٣١ ، ٣٢ والمهذب جـ ٢ ص ٧٧ والمغنى جـ ٨ ص ٢٥٥ ، ٢٥٦ والبحر الزخار جـ ٣ ص ١٦٦ ٠

الى أن السكران اذا سكر بسبب محظور بأن تناول المسكر طائعا مختارا عالما بأنه مسكر وزال عقله فطلق زوجته فطلاقه واقع لأن زوال عقله انما كان بسبب هو معصية لذا فقد اعتبر عقله قائما عقوبة وزجرا له عن ارتكاب المعاصى حتى انه يؤمر بقضاء الصلوات وغيرها مما وجب عليه قبل وقوعه فى السكر (١) ولأنه طلاق صادر من مكلف غير مكره صادف ملكه فوجب أن يقع كطلاق الصاحى وقد قال بذلك : أبو بكر الخلال والقاضى من فقهاء الحنابلة وهو مذهب سعيد بن المسيب وعطاء ومجاهد والحسن وابن سيرين والشعبى والنخعى والثورى والأوزاعى · وروى هذا عن على رضى الله عنه وابن عباس وابن عمر والضحاك وزيد بن على والهادى والمؤيد بالله (٢) وقد استدل هذا الفريق بالكتاب والسنة والمعقول ·

أولا ـ الكتاب :

قال تعالى : « الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » ·

وجه الاستدلال بهذه الآية أنها مطلقة لم تفصل ومقتضى الاطلاق جواز وقوع الطلاق من كل مطلق سواء أكان سكران أم غير سكران لعدم التفصيل الا ما خص بدليل ولا دليل يخرج السكران من عموم الآية (٣) ·

وأجيب عن هذا الاستدلال بأنه غير مسلم لأمرين :

الأمر الأول : أن الطلاق فى الآية مقيد بالحديث المشهور وهو قول النبى صلى الله عليه وسلم : « رفع القلم عن ثلاثة » (٤) ·

الأمر الثانى : أن الطلاق فى الآية مقيد بقياس السكران على النائم وأجيب عنه بأن القياس ظنى والظنى لا يقيد القطعى ·

---

(١) فتح البارى جـ ٩ ص ٣١٥ ·
(٢) المغنى جـ ٨ ص ٢٥٥ ونيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٣٦ ونصب الراية جـ ٣ ص ٢٢٤ ·
(٣) البحر الزخار جـ ٣ ص ١٦٦ ·
(٤) سنن البيهقى جـ ٧ ص ٣٥٩ ·

ودفع الجواب بأن الآية بعد أن خصصت بالحديث المشهور أصبحت ظنية فيصح أن يقيدها الظنى (١) ٠

كما استدلوا أيضا بقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون » (٢) ٠

وجه الاستدلال بهذه الآية أن الله جل شأنه خاطب المؤمنين بها حيث نهاهم حال سكرهم عن قربان الصلاة ٠ والنهى يقتضى أنهم مكلفون حال سكرهم والمكلف يصح منه الطلاق وغيره من العقود والانشاءات وبناء على هذا يقع الطلاق من السكران (٣) ٠

وأجيب عن هذا الاستدلال بأنه غير مسلم لأن كون الخطاب فى هـــذه الآية موجه الى المؤمنين حال سكرهم غير صحيح ٠ بل الصحيح ان الخطاب موجه لهم حال صحوهم لأن الصاحى هو الذى يفهم مدلول الخطاب ٠ ومعلوم من كليات الشريعة أن العقل شرط التكليف (٤) ومن لا يعقل ما يقول فليس بمكلف وعلى هذا يكون المعنى اذا دنا وقت الصــلاة فلا تسكروا حتى لا تقع صلاتكم فى حال سكركم فيختلط عليـــكم الأمر ولا يمكنكم أن ضــحوا
صلاتكم فى حال سكركم فيختلط عليـكم الأمر ولا يمكنــكم أن تصــحوا
يلزم شيئا من الأحكام لا طلاقا ولا غيره لأنه غير مخاطب لأنه ليس من ذوى الألباب ٠(٦) ٠

ثانيا ـ الســـــنة :

١ ـ أخرج التـــرمذى عن أبى هريرة رضى الله عنـــه قال (٧) : قال

---

(١) مذكرات الأستاذ البرديسى ص ٣١ ٠
(٢) الآية رقم ٤٣ من سورة النساء ٠
(٣) المبسوط جـ ٦ ص ١٧٦ وفتح القدير جـ ٣ ص ٤١ ٠
(٤) فتح القدير جـ ٣ ص ٣٨ ٠
(٥) سبل السلام جـ ٣ ص ٢٢٤ ونيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٣٧ والروض النضير جـ ٤ ص ١٥١ ، ١٥٢ ٠
(٦) المحلى جـ ١٠ ص ٢٠٩ ٠
(٧) نصب الراية جـ ٣ ص ٢٢١ والمغنى جـ ٨ ص ٢٥٥ ٠

رسول الله صلى الله عليه وسلم : « كل الطلاق جائز الا طلاق المعتوه المغلوب على عقله » .

وجه الاستدلال بهذا الحديث أنه يدل على وقوع طلاق السكران لأنه ليس بمستثنى فى هذا الحديث عملا بقوله صلى الله عليه وسلم : « كل الطلاق جائز » .

واعترض على هذا الدليل بأنه غير صالح للاستدلال به على طلاق السكران لأنه من رواية عطاء بن عجلان عن عكرمة وهو ضعيف ذاهب الحديث وقد رمى بالكذب (١) ولو سلمنا بصحته لكان فى غير المكلف والسكران لا يعقل فهو اما معتوه واما ملحق به . لأن المعتوه فى اللغة الذى لا عقل له (٢) فهذا الدليل حجة عليهم لا لهم .

٢ - أخرج سعيد بن منصور عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال (٣) : « لا قيلولة (٤) فى الطلاق » .

وجه الاستدلال بهذا الحديث أنه يدل على أن صيغة العموم المستفادة من النكرة فى سياق النفى تفيد لزوم الطلاق من السكران لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب فيدخل طلاق السكران تحت هذا العموم المستفاد من الحديث .

واعترض على هذا الدليل بأن هذا الحديث من رواية الفار بن جبلة عن صفوان بن عمرو الأصم عن رجل من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم . وصفوان بن عمرو ضعيف والفار بن جبلة لين ومثل هذا الحديث لا يصلح

---

(١) نصب الراية جـ ٣ ص ٢٢١ وزاد المعاد جـ ٤ ص ٣٩ ، ٤٠ والروض النضير جـ ٤ ص ١٥٣ .

(٢) المحلى جـ ١٠ ص ٢١٠ ، ٢١١ .

(٣) سبل السلام جـ ٣ ص ٢٢٤ .

(٤) قال يقيل قيلا وقيولة والقيلولة الاستراحة نصف النهار وعلى هذا يكون معنى « لا قيلولة فى الطلاق » أى لا اقالة للمطلق من وقوع طلاقه (يراجع لسان العرب جـ ١٤ ص ٩٦ ، ٩٧) .

للاحتجاج به ٠ ولو سلمنا بصحته لوجب حمله على طلاق مكلف يعقل دون من لا يعقل (١) وبهذا يبطل الاحتجاج بهذا الدليل ٠

ثالثا ـ المعقـــول :

استدل هذا الفريق بالمعقول وهو أن ربط الأحكام بأسبابها أصل من الأصول المأنوسة فى الشريعة ٠ والتطليق سبب للطلاق فينبغى ترتيبه عليه وربطه به وعدم الاعتداد بالسكر لأنه لا يؤثر فى ربط الأحكام بأسبابها (٢) وبناء على هذا يقع الطلاق من السكران ٠

واعترض على هذا الدليل بأن القول بأن ربط الأحكام بأسبابها أصل من الأصول المأنوسة فى الشريعة مسلم ٠ الا أن هذا السبب هو موضع الخلاف ٠ لأنه ان كان المراد من سبب الطلاق هو ايقاع لفظه مطلقا لزم وقوع الطلاق من المجنون والنائم والسكران الذى لم يعص بسكره متى تلفظ كل واحد من هؤلاء بلفظ الطلاق مع أن هذا غير جائز عندكم ٠ وأما ان كان المراد من السبب التلفظ بلفظ الطلاق من العاقل الذى يفهم ما يقول فالسكران غير عاقل ولا فاهم لما يقول فلا يكون نطقه بلفظ الطلاق سببا يترتب عليه وقوع الطلاق ٠ وبناء على هذا يكون الدليل حجة عليهم لا لهم فلا يصلح للاحتجاج على وقوع طلاق السكران (٣) كما استدلوا أيضا ٠ بأن السكران تسبب فى اذهاب عقله بما هو معصية فلا يزول عنه الخطاب بالسكر ولا الاثم من حيث أنه يؤمر بقضاء الصلوات وغيرها مما وجب عليه قبل سكره لذا فقد اعتبر عقله قائما تقديرا عقوبة وزجرا له عن ارتكاب المعاصى (٤) وبناء على هذا يقع طلاقه ٠

---

(١) زاد المعاد جـ ٤ ص ٤٠ والروض النضير جـ ٤ ص ١٥٣ ٠

(٢) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٣٧ وسبل السلام جـ ٣ ص ٢٢٤ والروض النضير جـ ٤ ص ١٥٤ ٠

(٣) زاد المعاد جـ ٤ ص ٤١ والروض النضير جـ ٤ ص ١٥٢ وسبل السلام جـ ٣ ص ٢٢٤ ٠

(٤) الزيلعى جـ ٢ ص ١٩٦ والمهذب جـ ٢ ص ٧٧ ، ٧٨ وفتح البارى جـ ٩ ص ٣١٥ ونيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٣٧ ٠

واعترض على هذا الدليل بأن أحكام ذاهب العقـــل لا تختلف بين أن يكون ذهاب عقله بسبب من جهته أو من جهة غيره اذ لا فرق بين من عجـز عن القيام فى الصلاة بسبب من قبل الله تعالى أو من قبل نفسه كمن كسر ساقيه فانه يسقط عنه فرض القيام • كما أن الشارع الحـــكيم قدر للسكران عقوبة الحد فليس لنا أن نتجاوزها ونقول بوقوع طلاقه عقوبة له لأن هـــذا يحتاج الى دليل ولا دليل (١) •

رأى الفريق القائل بعدم وقوع طلاق السكران :

ذهب هذا الفريق من الفقهاء ـ وهم الظاهرية (٢) والشيعة الامامية (٣) وفريق من الأحناف والشافعية والمالكية والزيدية • والحنـــابلة فى روايتهم الثـــانية (٤) ـ الى القول بعـــدم وقوع طلاق السكران • وممن قال بذلك القاسم بن محمد وطاوس وربيعة بن عبد الرحمن والليث واسحاق بن راهوية وأبو ثور وزفر وعكرمة وجابر بن زيد ويحيى الأنصارى والمزنى وروى عن عثمان بن عفان وابن عباس رضى الله عنهما وهو مختار الكرخى والطحاوى ومحمد بن سلمة (٥) والناصر وأحمد بن يحيى وأبو طالب (٦) •

وقد استدل هذا الفريق بالكتاب والسنة والعقول •

أولا ـ الكتـــاب :

قال تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون » •

---

(١) فتح البارى جـ ٩ ص ٣١٥ وزاد المعاد جـ ٤ ص ٤١ •
(٢) المحلى جـ ١٠ ص ٢٠٨ ، ٢٠٩ والبحر الزخار جـ ٣ ص ١٦٦ •
(٣) شرائع الاسلام ص ٢٠٥ وجواهر الكلام جـ ٤ باب الطلاق •
(٤) فتح القدير جـ ٣ ص ٤٠ والخرشى جـ ٤ ص ٣٢ والمهذب جـ ٢ ص ٧٧ والبحر الزخار جـ ٣ ص ١٦٦ والمغنى جـ ٨ ص ٢٥٦ •
(٥) فتح القدير جـ ٣ ص ٤٠ ونصب الراية جـ ٣ ص ٢٢٤ والمغنى جـ ٨ ص ٢٥٦ والروض النضير جـ ٤ ص ١٥١ وفتح البارى جـ ٩ ص ٣١٤ • ونيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٣٤ •
(٦) البحر الزخار جـ ٣ ص ١٦٦ •

وجه الاستدلال بهذه الآية أنها تدل على أن الله تعالى جعل قول السكران غير معتبر لقوله تعالى : « حتى تعلموا ما تقولون » فهذا دليل على أن السكران يقول ما لا يعلم ومن كانكذلك فكيف يكون مكلفا وهو غير فاهم والفهم شرط التكليف ٠

وقد انعقد الاجماع على أن شرط التكليف العقل (١) وفى ذلك يقول ابن حزم (٢) من أخبر الله تعالى أنه لا يدرى ما يقول فلا يحل أن يلزم شيئا من الأحكام لا طلاقا ولا غيره لأنه غير مخاطب اذ ليس من ذوى الألباب وبناء على هذا يكون طلاق السكران غير واقع ٠

ثانيا - السنة :

جاء فى سنن البيهقى (٣) عن سليمان بن بريدة عن أبيه فى قصة ماعز ابن مالك المشهورة أنه قال : « يارسول الله طهرنى قال : مم أطهرك ؟ فقال من الزنا ٠ فقال النبى صلى الله عليه وسلم : أبه جنون ؟فأخبر أنه ليس بمجنون ٠ فقال : أشرب خمرا ٠ فقام رجل فاستنكهه فلم يجد منه ريح خمر فقال النبى صلى الله عليه وسلم : أثيب أنت ؟ قال نعم ٠ فأمر بهالنبى صلى الله عليه وسلم فرجم ٠ رواه مسلم والترمذى وصححه ٠

وجه الاستدلال بهذا الحديث أنه يدل على أن النبى صلى الله عايه وسلم قصد اسقاط اقرار السكران ٠ فدل بذلك على أنه لا اعتبار بقوله وبناء على هذا فلا يقع طلاقه ٠

كما استدلوا أيضا بما جاء فى صحيح البخارى (٤) أن حمزة عم النبى صلى الله عليه وسلم سكر وقال للنبى لما دخل عليه هو وعلى : « هل أنتم

---

(١) سبل السلام جـ ٣ ص ٢٢٣ والروض النضير جـ ٤ ص ١٥١ ٠
(٢) المحلى جـ ١٠ ص ٢٠٩ ٠
(٣) سنن البيهقى جـ ٧ ص ٣٥٩ ، ٣٦٠ ونيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٣٥ ٠
(٤) فتح البارى جـ ٩ ص ٣٢٠ ونيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٣٧ ، ٢٣٨ ٠

الا عبيد لأبى » فتركه النبى صلى الله عيه وسلم وخرج ·

وجه الاستدلال بهذا الحديث أنه يدل على أن السكران غير مؤاخذ بأقواله لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يلزم حمزة حكم تلك الكلمة لكونه سكران ولو كان هذا القول صادرا من انسان غير سكران لكان ردة وكفرا فثبت بذلك أن طلاق السكران غير واقع (١) ·

ثالثا - المعقـــول (٢) :

استدل هذا الفريق بالمعقول وهو أن أقل ما يصح معه التصرف القصـد الصحيح أو مظنته · والسكران ليس له ذلك بل هو أسوأ حالا من النائم لأن النائم اذا أوقظ استيقظ بخلاف السكران حيث أصبح كمن زال عقله بالبنج والدواء· وكون عقله زال بسبب هو معصية لا أثر له لأن ردته لا تصح فكذلك طلاقه· ولأن من ضرب رأسه فجن سقط عنه التكاليف مع أنه المتسبب فى أذهان عقله وكذلك الحال فيمن كسر ساقيه فانه يجوز له أن يصلى قاعدا وحيث ان المرء وهو سكران لا يعى ما يقول ولا يقصده والطلاق لايكون الا عن قصد ولحاجة تقتضيه لذا فان طلاق السكران غير واقع لأنه لا يستطيع أن يقدر الحـــاجة الداعية اليه لانعدام الادراك عنده (٣) ·

الترجيح :

هذا وانى أرى أن رأى الفريق القائل بعدم وقوع طلاق السكران هو الراجح ·

---

(١) وقد روى عن عثمان بن عفان رضى الله عنه أنه قال : « ليس لمجنون ولا لسكران طلاق » (يراجع فتح البارى جـ ٩ ص ٣١٤ ونيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٣٥) كما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال : « طلاق السكران والمستكره ليس بجائز » (يراجع فتح البارى جـ ٩ ص ٣١٥) ·

(٢) فتح القدير جـ ٣ ص ٤٠ ·

(٣) المغنى جـ ٨ ص ٢٥٦ ·

لأن السكران لا يعلم ما يقول ولا يقصده ٠ والطـــلاق لا يكون الا عن قصد ولحاجة تقتضيه والسكران لا يستطيع أن يقدر الحـاجة الداعية الى الطـلاق لانعدام الادراك عنده لذا فان طلاقه غير واقع (١) وقد رجح ابن تيمية القول بعدم الوقوع حيث قال (٢) : « من تأمل أصول الشريعة ومقاصدها تبين له أن هذا القول هو الصواب » أما القول بوقوع طلاقه عقوبة له وزجرا فقول لايعتمد على الحجة لخلوه من الدليل ٠ هذا بالاضافة الى مجافاته للمنطق السليم لأن الشارع حدد عقوبة السكر فلا داعى لالزامه بعقوبة أخـــرى لا يقتصر أثرها على الرجل وحده ٠ بل يتعداه الى زوجته وأولاده ٠ ولو كانت هذه العقوبة مقدرة من الشارع لما كان لنا أن نعترض عليها أما وان تقديرها كان باجتهاد الفقهاء مع اختلافهم فى ذلك فلا يوجد ما يبرر معـاقبة السـكران بها لأنه لا يجوز أن يعاقب المرء على جريمة واحـدة بعقوبتين ٠ كمـــا أن العقوبة يجب أن يقتصر أثرها على الجانى فقط ٠

طلاق السكران فى القانون :

نص القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ـ المعمول به حاليـا فى جمهـــورية مصر العربية ـ فى المادة الأولى منه على عدم وقوع طلاق السكران ، والذى نلاحظه على هذه المادة أنها نصت على عدم وقوع طلاق السكران مطلقا ٠ ونحن نرى أنه لا ينبغى القول بعدم وقوع طلاق كل سكران بل يشترط فى السكران الذى لا يقع طلاقه أن يكون فاقد الادراك بحيث لا يعى ما يقول ٠ أما ان كان يعى ما يقول ويقصده فطلاقه حينئـذ واقع ٠ وبناء على هـذا يجب التحقق من أن سكران كان لا يعى ما يقول وقت ايقاع الطـلاق دون الاكتفاء بقول المطلق أنه كان سكران طافحا كما هو الحال فى كل المسـائل التى يدعى فيها الشخص ما يستوجب بطلان تصرفه ٠

---

(١) وقد روى عن طاوس أنه قال : كيف يجوز طلاقه ولا تقبل له صلاة (يراجع سنن البيهقى جـ ٧ ص ٣٥٩) ٠

(٢) فتاوى ابن تيمية جـ ٣ ص ٦٧ ٠

المبحث الثالث

فى قيــد الاختيــار

اختلف الفقهاء فى المراد بالاختيار على قولين :

الأول : ان الاختيـار هو القصد الى الفعل الذى يستطيعه الشخص سواء أكان ذلك الفعل قولا أم غير قول ٠ فهو اذن القصد الى التلفظ بالعبارات المنشئة للعقد على أنها أداة شرعية لذلك ، ويشمل القصد على هذا ثلاث أحوال :

١ ـ حال القصد الى معانى العقود والرضى بأحكامها والرغبة فى آثارها ٠

٢ ـ حال قصد النطق بالعبارة المنشئة للعقد غير قاصد لأحكامها بأن كان هازلا لأنه قد توافر القصد الى النطق وبذلك يتحقق الاختيار ٠

٣ ـ حال قصد النطق بالعبارات تحت تأثير الاكراه أو الارغام لأن القصد الى فعل مستطاع ثابت مع الاكراه متحقق فيه وان كان الرضى غير متحقق ولا ثابت والى هذا ذهب الأحناف (١) ٠

القول الثانى : ان الاختيار هو القصد الى العبارات المنشئة للعقد بحيث تكون تلك العبارات ترجمة عما فى النفس ودليلا على رغبتها فاذا لم تتوافر فى العبارة تلك الدلالة لم يكن ثمة اختيار لأن العبارة حينئذ لا تدل على قصد النفس وعلى ذلك فلا يتحقق الاختيار مع الهزل والاكراه والنسيان والخطأ ٠ لأن العبارة التى قصد النطق بها فى كل هذه الأحوال لا تدل على قصد النفس ومن هذا يفهم أن الاختيار والرضى متلازمان ٠ والى هذا

---

(١) شرح التلويح على التوضيح جـ ٢ ص ١٨٧ ، ١٩٦ والملكية ونظرية العقد للاستاذ أبى زهرة ص ١٩٠ والمعاملات الشرعية للاستاذ الخفيف ص ٣٢١ ، ٣٢٢ ٠

ذهب جمهور الفقهاء (١) وقد انبنى على هذا الخلاف اختلاف الفقهــاء فى طلاق المكره • فالجمهور يرون أن المطلق اذا كان مكرها لا يقــع طــلاقه • وخالف فى ذلك الأحناف حيث قالوا بوقوع طلاقه •

وسنبين فى هذا المبحث رأى كل فريق وأدلته وترجيح الراجح منها •

طـــلاق المكره (٢)

أولا - مذهب الأحنـــاف :

ذهب الأحناف (٣) الى القول بوقوع طلاق المكره لأن كون الزوج طائعــا ليس بشرط لوقوع طلاقه • ولأنه مكلف أوقع الطلاق فى محله فيقع كطلاق غير المكره • وبهذا قال : الشعبى والنخعى والزهرى وقتـــادة وأبو قلابة وسعيد بن المسيب والثورى وشريح (٤) •

وقد استدلوا بالسنة والمعقول •

أولا - الســـنة :

روى عن الغازى بن جبلة عن صفوان الطائى (٥) أن رجلا كان نائمــا

---

(١) الملكية ونظرية العقد للاستاذ أبى زهرة ص ١٩١ ، ١٩٢والمعاملات الشرعية للاستاذ الخفيف ص ٣٢١ •

(٢) الاكراه لغة حمل الغير على امر يكرهه • يقال : أكره فلان على الأمر حمله عليـــه قهرا والكره بالفتح ما أكرهك غيـــرك عليـــه • وبالضم مـــا أكرهت نفسك عليه (يراجع المصباح المنير) •
وشرعا حمل الانسان على ما يكرهه ولا يريد مباشرته لولا الحمـــل عليه بالوعيد • (يراجع شرح المنار ص ٩٩٢) •

(٣) فتح القدير جـ ٣ ص ٣٩ والمبسوط جـ ٦ ص ١٧٧ والبدائع جـ ٣ ص ١٠٠ •

(٤) فتح القـــدير جـ ٣ ص ٣٩ والمغنى جـ ٨ ص ٢٥٩ ونصب الراية جـ ٣ ص ٢٢٢ ، ٢٢٣ •

(٥) نصب الراية جـ ٣ ص ٢٢٢ وفتح القدير جـ ٣ ص ٣٩ والمحلى جـ ١٠ ص ٢٠٣ •

فقامت امرأته فأخذت سكينا فجلست على صدره فوضعت السكين علىحلقه فقالت لتطلقنى أو لأذبحنك فناشدها الله فأبت فطلقها ثلاثا ثم أتى النبى صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فقال : « لا قيلولة (١) فى الطلاق » (٢) .

وجه الاستدلال بهذا الحديث أنه يدل بعمومه على وقوع الطلاق من الزوج سواء أكان طائعا أم مكرها . لأن صيغة العموم المستفادة من النكرة فى سياق النفى تفيد لزوم الطلاق من المكره متى صدر سببه عن المطلق لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب . وبناء على هذا يدخل طلاق المكره تحت هذا العموم المستفاد من الحديث (٣) .

وقد اعترض على هذا الدليل . بأن فى سنده صفوان بن عمرو وهو منكر الحديث . وفيه بقية وهو ضعيف والغازى بن جبلة وهو مغمور ، فهو اذن خبر فى غاية السقوط وبذلك قال ابن حزم . فلا يصلح للاحتجاج به (٤) .

ثانيا - المعقول :

استدل الأحناف على وقوع طلاق المكره بالمعقول . فقاسوا طلاق المكره على طلاق الهازل بجامع ان كلا منهما مختار فى التكلم بالطلاق اختيارا كاملا الا انه غير راض بحكمه . فكما أن طلاق الهازل واقع عندهم فكذلك طلاق المكره (٥) .

---

(١) (يراجع ص ١٠٨ من البحث بالهامش) .

(٢) وقد روى هذا الحديث برواية أخرى عن يحيى بن عثمان عن نعيم ابن حماد عن بقية عن الطائى بن جبلة عن صفوان الأصم الطائى ان رجلا كان نائما فقامت امرأته فأخذت سكينا فجلست على صدره فوضعت السكين على حلقه فقالت لتطلقنى أو لأذبحنك فناشدها الله فأبت فطلقها ثلاثا ثم أتى النبى صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فقال : « لا قيلولة فى الطلاق » ثم قال ابن القطان فى كتابه ان الرواية الأولى وان كانت مرسلة لكنها أحسن اسنادا من المسند لأن هذه الرواية سالمة من بقية ومن نعيم بن حماد وفيها اسماعيل بن عياش وهو يروى عن شامى .

(٣) فتح القدير جـ ٣ ص ٣٩ ونيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٣٦ .

(٤) المحلى جـ ١٠ ص ٢٠٣ والروض النضير جـ ٤ ص ١٦٢ .

(٥) فتح القدير جـ ٣ ص ٣٩ والزيلعى جـ ٢ ص ١٩٥ .

وأجيب عن هذا الدليل بأنه قياس مع الفارق لأن الهازل يقصد اللفظ الا أنه لا يقصد الأثر المترتب عليه ٠ لأنه حين ينطق بلفظ الطلاق انما ينطق به وهو بكامل ارادته بخلاف المكره فانه لا يقصد اللفظ ولا الأثر المترتب عليه لأنه مسلوب الارادة لأن الاكراه يعدم الاختيار فهو اذن لم يقصد وقوع الطلاق وانما قصد دفع الأذى عن نفسه ٠ وعلى فرض صحة القياس فلا اعتبار به لأنه معارض بقول النبى صلى الله عليه وسلم : « ان الله تجاوز عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » اذ لا معقول فى مقابلة النص (١) وبهذا يبطل الاحتجاج بهذا الدليل ٠

ثانيا - مذهب جمهور الفقهاء :

ذهب جمهور الفقهاء (٢) والظاهرية (٣) والزيدية (٤) والامامية (٥) الى القول بعدم وقوع طلاق المكره لأن الاكراه يفسد الاختيار أو يضعفه فلا يكون اختياره اختيارا كاملا ٠ وبناء على هذا فلا يقع طلاقه ٠ وقد روى ذلك عن على وعمر ابن عباس وابن عمر وابن الزبير وجابر بن سمرة ، وبه قال عبد الله بن عيد وعكرمة والحسن الصرى وجابر بن زيد وعطاء وطاوس وشريح والأوزاعى والحسن بن صالح وأبو ثور واسحاق وعمر ابن عبد العزيز ومجاهد والقاسمية والناصر والمؤيد بالله (٦) ٠

وقد اشترط جمهور الفقهاء (٧) أن يكون الاكراه بغير حق ٠ أما ان كان

---

(١) فتح القدير جـ ٣ ص ٣٩ والزيلعى جـ ٢ ص ١٩٥ ٠

(٢) منح الجليل جـ ٢ ص ٢١٠ ، ٢١١ والشرح الكبير جـ ٢ ص ٣٦٧ والخرشى جـ ٤ ص ٣٣ والمهذب جـ ٢ ص ٧٨ وشرح المنهاج جـ ٣ ص ٣٣٢ والمغنى جـ ٨ ص ٢٥٩ وكشاف القناع جـ ٣ ص ١٤١ ، ١٤٢ ٠

(٣) المحلى جـ ١٠ ص ٢٠٢ ٠

(٤) البحر الزخار جـ ٣ ص ١٦٦ والتاج المذهب جـ ٢ ص ١١٩ ٠

(٥) شرائع الاسلام ص ٢٠٥ ، ٢٠٦ والمختصر النافع ص ١٩٧ ٠

(٦) المغنى جـ ٨ ص ٢٥٩ والروض النضير جـ ٤ ص ١٦١ والبحر الزخار جـ ٣ ص ١٦٦ ٠

(٧) المهذب جـ ٢ ص ٧٨ وحاشية الشرقاوى على شرح التحرير جـ ٢

=

الاكراه بحق كاكراه القاضى لسبب يوجب ذلك شرعا كاكراه المولى على الطلاق بعد انتهاء مدة التربص اذا امتنع من الفىء فحينئذ يقع طلاقه ٠ لأن اكراه القاضى للمولى اكراه بحق لأنه من باب رفع الظلم فلا يذهب الاختيار٠

وقد استدلوا بالكتاب والسنة ٠

أولا ـ الكتـــــاب :

قال تعالى : « من كفر بالله من بعد ايمانه الا من أكره وقلبـــه مطمئن بالايمان » (١) ٠

وجه الاستدلال بهذه الآية انها تدل على أن الله جل شأنه قد وضع الكفر عمن تلفظ به حال الاكـراه فكـذلك يسقط عن المكره ما دون الكفـــر كالطـــلاق من باب أولى ٠ لأن الأعظم اذا سقط أسقط ما دونه بطـــريق الأولى (٢) ٠ وعلى هذا فلا يقع طلاق المكره ٠

ثانيا ـ الســـــنة :

أولا : روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت (٣) : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لا طلاق فى اغلاق » رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه ٠ وأخرجه الحاكم والبيهقى وصححه الحاكم ٠

=

ص ٤٣٧ والكشاف جـ ٢ ص ١٤١ ومنح الجليل جـ ٢ ص ١٤١ ومنح الجليل جـ ٢ ص ٢١٠ كما أنه يشترط فى الاكراه عدة شروط أهمها :

١ ـ أن يكون المكره قادرا على تحقيق ما يهدد به أو أن يشعر المكره بذلك أن ما يهدد به سوف يلحق به ٠

٢ ـ ألا يستطيع المكره دفع الاكراه عن نفسه ٠

٣ ـ أن يكون الاكراه بضرر يصيب المكره فى نفسه أو ماله أو ولـده بقتل أو ضرب أو حبس ٠ والاكراه أمر ذاتى يختلف من شخص لآخر حسب الظروف والأشخاص (يراجع شرح المنهاج جـ ٣ ص ٣٣٢ ، ٣٣٣ والخرشى جـ ٤ ص ٣٥ والمحرر جـ ٢ ص ٥٠) ٠

(١) الآية رقم ١٠٦ من سورة النحل ٠

(٢) فتح البارى جـ ٩ ص ٣١٣ ٠ والروض النضير جـ ٤ ص ١٦١ ٠

(٣) سنن البيهقى جـ ٧ ص ٣٥٧ ونيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٣٥ ، ٢٣٦ ومختصر سنن أبى داود جـ ٣ ص ١١٧ ٠

وجه الاستدلال بهذا الحديث أنه يدل على عدم وقوع طلاق المكره لأن بعض العلماء فسروا الاغلاق بالاكراه وهو المشهور وبذلك جزم أبو عبيد (١) وقال بذلك أيضا ابن قتيبة (٢) فهو دليل على عدم وقوع طلاق المكره لأنه قد أغلق عليه علمه وقصده ٠

واعترض على هذا الدليل بأن فى اسناده محمد بن عبيد بن أبى صالح وقد ضعفه أبو حاتم الرازى ٠ وقال الذهبى لم يحتج به (٣) وقد أجيب عن هذا الاعتراض ٠ بأن هذا الحديث روى بعدة طرق لا مطعن فيها وقد ذكرها البيهقى فى سننه (٤) ٠

ثانيا : روى عن طريق بشر بن بكر عن الأوزاعى عن عطاء عن ابن عباس قال (٥) : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ان الله تجاوز عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ٠

وجه الاستدلال بهذا الحديث أنه يدل على أن الأحكام الأخروية معفوة عن الأمة المحمدية بما فعلوه من نسيان أو سهو أو اكراه ٠ وأما الأحكام الدنيوية فالظاهر من الحديث سقوط حكمها الا ما خصه الدليل كوجوب الدية وضمان الأموال ٠ لأن العفو عن الشىء عفو عن موجبه وبهذا يثبت أن طلاق المكره غير واقع لدخوله تحت ظاهر هذا العموم (٦) واعترض على هذا

---

(١) فتح البارى جـ ٩ ص ٣١٢ ٠
(٢) نصب الراية جـ ٣ ص ٢٢٣ ٠
(٣) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٣٦ ومختصر سنن أبى داود جـ ٣ ص ١١٨ ونصب الراية جـ ٣ ص ٢٢٣ ٠
(٤) سنن البيهقى جـ ٧ ص ٣٥٧ ٠
(٥) سنن البيهقى جـ ٧ ص ٣٥٦ وسبل السلام جـ ٣ ص ٢١٧ ٠ وقد روى هذا الحديث برواية أخرى عن أبى ذر الغفارى رضى الله عنه أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ان الله تجاوز لى عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » (يراجع سنن ابن ماجه جـ ١ ص ٣٣٢) ٠
(٦) الروض النضير جـ ٤ ص ١٦١ والمغنى جـ ٨ ص ٢٥٩ والمحلى جـ ١٠ ص ٢٠٥ والبحر الزخار جـ ٣ ص ١٦٦ ومنح الجليل جـ ٢ ص ٢١٠ ٠

الدليل بأنه من باب المقتضى ولا عموم له وبناء على هذا فلا يجوز تقدير الحكم الشامل لحكم الدنيا والآخرة · بل اما حكم الدنيا واما حكم الاخرة والاجماع على أن حكم الآخرة وهو المؤاخذة مراد فلا يراد الآخر معه والا عمم وعلى هذا فطلاق المكره واقع (١) ·

ويجاب عن هذا الاعتراض بأن الحكم عام فى الدنيوى والأخروى وعلى هذا فلا يقع طلاق المكره ·

الترجيح :

هذا وانى أرى أن الراجح هنا ما ذهب اليه جمهور الفقهاء من القول بعدم وقوع طلاق المكره · لأنه وان أتى باللفظ المقتضى للطلاق الا أنه غير قاصد له لأنه لم يقصد سوى دفع الأذى عن نفسه بنزوله على ارادة من أكرهه·وهذا من شأنه أن يفسد الاختيار أو يضعفه فلا يكون اختياره اختيارا كاملا · بل هو فى الحقيقة يعتبر حاكيا لما أكره عليه·ولا طلاق على حاك كلاما لم يعتقده (٢) لاسيما وان الشارع الحكيم قد وضع الكفر عن المكره اذا تلفظ به ولم يعتبره مرتدا فينبغى أن يكون المكره على الطلاق مثله لأن الاكراه يغلق على المكره طريق الارادة ·

ومما يؤيد هذا ما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال (٣) : « ليس الرجل بأمين على نفسه اذا جوعت أو أوثقت أو ضربت » وبناء على هذا فلا يقع الطلاق من المكره ·

---

(١) فتح القدير جـ ٣ ص ٣٩ والبحر الرائق جـ ٣ ص ٢٤٥ ·
(٢) المحلى جـ ١٠ ص ٢٠٥ ·
(٣) سنن البيهقى جـ ٧ ص ٣٥٩ وفى رواية أخرى عنه : ليس الرجل بأمين على نفسه اذا أخفته أو ضربته أو أوثقته · (يراجع المحلى جـ ١٠ ص ٢٠٢) ·

المبحث الرابع

فى قيـــد القصـد (١)

اختلف الفقهاء فى وجوب توافر القصد فى المطلق أو عدم توافره على فريقين :

الفريق الأول يرى أن القصـد ليس بشرط فى المطلق وعلى هذا فالطلاق عندهم يقع من مكلف متى صدرت منه عبارة الطلاق سواء أكان قاصدا أم غير قاصد ٠

أما الفـــريق الثانى فانه يرى أن القصد شرط فى المطلق لأن صـــحة التصرفات القولية من الطلاق وغيره مبناها قصد المتصرف وبناء على هذا لم يقع الطلاق من المطلق ان لم يكن قاصدا له ٠ وقد ترتب على هذا الخلاف ان اختلف الفقهاء فى طلاق الهازل والمخطىء ٠

طـــلاق الهـازل (٢) :

اختلف الفقهـاء فى طلاق الهازل على فريقين - فريق يرى أن طـــلاق الهازل واقع والفريق الآخر يرى عدم وقوع طلاقه ٠

رأى الفريق القائل بالوقوع :

ذهب هـــذا الفريق من الفقهاء - وهم الأحناف والمشـهور عن مالك

---

(١)للتعبير عن الارادة مظهران : مظهر خارجى يعبر عنه باللفظ ومظهر داخلى هو قصـــد المرء ونيتـه والأصل أن الارادة الظـاهرة دليـل الارادة الباطنة ٠ والمراد من القصد هنا أن يقصد الشخص بلفظ الطلاق معناه فاذا تخلف قصد المعنى لم يقع الطلاق ٠ (يراجع الملكية ونظرية العقد للاستاذ أبى زهرة ص ٢١٦ - والتعبير عن الارادة فى الفقـــه الاسلامى للدكتـــور وحيد الدين سوار ص ٣٧٠ وجواهر الكلام جـ ٤) ٠

(٢) الهـــزل لغـة اللعب وهو ضد الجـــد (يراجع المصباح المنير) واصطلاحا ٠ هو أن يراد بالشىء غير ما وضع له ٠ (يراجع شرح المنار ص ٩٧٩ وشرح التوضيح جـ ٢ ص ١٨٧) ٠

والشافعية والحنابلة وجمهور الزيدية (١) - الى القول بوقوع طلاق الهازل لانه أتى بالسبب وهو لفظ الطلاق الا أنه لم يرد الأثر المترتب عليه وهو وقوع الطلاق - وترتيب الآثار هو من صنع الشارع لأن العاقد ينشىء العقد فقط ولكن لا ينشىء الآثار . اذا فان طلاق الهازل واقع .

وقد استدل هذا الفريق بالكتاب والسنة والمعقول .

أولا - الكتـــــاب :

قال تعالى : « ولا تتخذوا آيات الله هزوا » (٢) .

وجه الاستدلال بهذه الآية انها تدل على وقوع طلاق الهازل لما روى عن أبى الدرداء أنه قال (٣) . كان الرجل يطلق ى الجاهلية ويقول : انمـــا طلقت وأنا لاعب . وكان يعتق وينكح ويقول : كنت لاعبا ، فنزلت هـــذه الآية ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : « من طلق أو حرر أو نكح أو أنكح فزعم انه لاعب فهو جاد » ويجاب عن هذا الاستدلال بأن الآن ليس فيهـــا ما يدل على وقوع طلاق الهازل أو عدم وقوعه . لأنها لا تفيد أكثر من النهى عن اتخاذ آيات الله هزوا . وأما لزوم آثار المنهى عنه اذا ارتكب فلم تتعرض له الآية .

ثانيا - الســـــنة :

روى عن أبى هريرة رضى الله عنه (٤) أن رسول الله صلى الله عليه

---

(١) البدائع جـ ٣ ص ١٠٠ والشرح الكبير جـ ٢ ص ٣٦٦ والخرشى جـ ٤ ص ٣٢ ونهاية المحتاج جـ ٦ ص ٤٣٣ وشرح المنهاج جـ ٣ ص ٣٣١ والشرح الكبير على المغنى جـ ٨ ص ٢٧٥ وزاد المعاد جـ ٤ ص ٣٨ والبحر الزخار جـ ٣ ص ١٦٧ والروض النضير جـ ٤ ص ١٤٩ .

(٢) الآية رقم ٢٣١ من سورة البقرة .

(٣) القرطبى جـ ٣ ص ١٥٦ ، ١٥٧ وأحكام القرآن لابن العربى جـ ١ ص ٨٥ .

(٤) مختصر سنن أبى داود جـ ٣ ص ١١٨ ، ١١٩ ونيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٣٤ والقرطبى جـ ٣ ص ١٥٧ وسبل السلام جـ ٣ ص ٣١٥ والروض النضير جـ ٤ ص ١٤٩ .

وسلم قال : « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة » رواه الخمسة الا النسائى وأخرجه الترمذى وابن ماجه وقال الترمذى حديثحسن غريب ٠

وجه الاستدلال بهذا الحديث ٠ انه يدل بنصه على أن من تلفظ هازلا بلفظ الطلاق وقع طلاقه ٠

وقد اعترض على هذا الاستدلال بأن فى اسناده عبد الرحمن بن حبيب وهو مختلف فيه ٠ قال النسائى فيه : انه منكر الحديث (١) ٠

وقال ابن حزم (٢) : ان هذا الحديث موضوع لأنه مروى من طريق عبد الرحمن بن حبيب وهو منكر الحديث مجهول لأن قوما قالوا : عبد الرحمن بن حبيب وقوما قالوا : حبيب بن عبد الرحمن وهو مع ذلك متفق على ضعف روايته وقال ابن القطان فى كتابه : وعبد الرحمن بن اردك وان كان قد روى عنه جماعة فانه لا يعرف حاله (٣) ٠ واذا كان الأمر كذلك فان هذا الحديث لا يصلح لأن يكون دليلا على وقوع طلاق الهازل ٠

ثالثا - المعقول :

وهو أن الهازل تكلم بالسبب قصدا فيلزمه الحكم وهو وقوع الطلاق لأن ترتب الآثار الشرعية على أسبابها من عمل الشارع لا من عمل العاقد ٠ وعلى هذا فاذا باشر الزوج سبب الطلاق لزمه حكمه شاء أم أبى ٠ وفى ذلك يقول ابن القيم (٤) : « ان الهازل قاصد للفظ غير مريد لحكمه وذلك

---

(١) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٣٥ ٠
(٢) المحلى جـ ١٠ ص ٢٠٤ ٠
(٣) نصب الراية جـ ٣ ص ٢٩٤ ٠
(٤) زاد المعاد جـ ٤ ص ٣٨ ٠

ليس اليه ٠ فانما الى المكلف الأسباب وأما ترتب مسبباتها وأحكامها فهو الى الشارع قصده المكلف أو لم يقصده والعبرة بقصده السبب اختيارا فى حال عقله وتكيفه فاذا قصده رتب الشارع عليه حكمه جد به أو هزل » ٠

ويجاب عن هذا الاستدلال بأنه لا نزاع فى أن ترتب الآثار الشرعية على أسبابها من عمل الشارع فهذا مسلم ٠ أما كون الشارع قد يرتب على طلاق الهازل أثرا فهذا موضع النزاع ٠ اذ لم يقم دليل على أنه جعله سببا لوقوع طلاقه فجـــاز أن يكون كطـــلاق الصبى والمكره فلا يصلح أن يـــكون سببا لترتب الأثر عليه وبذا يبطل الاحتجاج بهذا الدليل ٠

رأى الفريق القائل بعدم الوقوع :

روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال (٥) : « انمـــا الأعمال والناصر والباقر والصادق من الزيدية (٣) وبعض المالكية (٤) ـ ان طلاق الهازل غير واقع ٠

وقد استدل هذا الفريق بالسنة والمعقول ٠

أولا ـ السـنة :

روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال (٥) : « انمـــا الأعمال

---

(١) المحلى جـ ١٠ ص ٢٠٤ ٠

(٢) شرائع الاسلام ص ٢٠٦ من الهامش ٠

(٣) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٣٥ وسبل السلام جـ ٣ ص ٢١٦ ٠

(٤) جواهر الاكليل جـ ١ ص ٣٣٩ والتاج والاكليل على مواهب الجليل جـ ٤ ص ٤٤ ٠ قال اللخمى : ان الزوج اذا هزل بلفظ الطلاق فان قام دليل على الهزل لم يلزمه الطلاق ٠ وقال ابن تيمية : قال بعض المالكية فان قام دليل الهزل لم يلزمه عتق ولا طلاق ولا نكاح ولا شىء عليه من الصـــداق (يراجع اقامة الدليل على ابطال التحليل جـ ٣ ص ٤٧) ٠

(٥) سبل السلام جـ ٣ ص ٢١٦ والمحلى جـ ١٠ ص ٢٠٥ وجواهر الكـــلام جـ ٤ باب الطلاق ٠

بالنيات وانما لكل امرىء ما نوى » ٠

وجه الاستدلال بهذا الحديث أنه يدل على أن الحكم انمـا يتوجه على القاصد ٠ والهازل لا قصد له ولا نية لذا فان طلاقه غير واقع (١) ٠

ثانيا - المعقـــول :

وهو أن الهازل لا عزم له لأنه لم يقصد ايقاع الطلاق والطلاق لابد فيه من العزم ٠ قال جل شأنه : « وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم » وعلى هذا فلا يقع طلاق الهازل لعدم توافر القصد (٢) ٠

الترجيح :

وعلى هذا فانى أرى أن الراجح هنا هو رأى الفريق القائل بعدم وقوع طلاق الهازل ٠ لأن الاحتياط لنظـام الأسرة يقتضى عدم وقوع طـلاقه لأن الطلاق على جانب كبير من الخطورة فى تنظيم الأسرة فيجب ألا يترك أمر التآمها وانفصالها المحض هزل عابر والقواعد الشرعية فى العقود تقتضى ألا يقام لكلام الهازل وزن ولا اعتبـار الا التأديب ويؤيد هـذا ما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال : الطلاق عن وطر ٠ وهذا يدل عـلى أنه ينبغى للرجل ألا يطلق زوجته الا عند وجود الباعث على الطلاق والهازل لا حاجة له فى الطلاق لأنه لم يقصده فلم يقع طلاقه ٠ الا أنه يجب ألا يترك الباب مفتوحا لمن شاء أن يلجه ٠ بل لابد من اثبات دعوى الهزل بالشـهود والقرائن القاطعة ٠ والا كان لكل مطلق أن يدعى أنه كـان هازلا ولو كذبا متى أعيته الحيل لاسترجاع مطلقته ٠ فـاذا ثبتت دعوى الهزل بالشـهود أو القرائن لم يكن الطلاق واقعا ٠ والا فالأصل فى الكلام الجد فيحمل عليه عند العجز على اقامة الدليل على سواه ٠

---

(١) ومما يؤيد هذا ما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال : لا طلاق الا عن وطر ٠ (يراجع البخارى بشرح الكرمانى ج ١٩ ص ١٩٥) ٠
(٢) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٣٥ ٠

طـــــلاق المخطىء (١)

المراد بالمخطىء هنا هو الذى أراد التكلم بغير الطلاق فجرى على لسانه الطلاق.مثال ذلك شخص أراد أن يقول سبحان الله فجرى على لسانه أنت وكذلك الأمر فيمن كان اسم امرأته طارقا فأراد نداءها فقال لهـا يا طالق من غير قصد . وبناء على هذا فقد اختلف الفقهاء فى حكم طلاقه على قولين :

القول الأول :

ان طلاق المخطىء واقع قضـــاء لا ديانة بمعنى أنه اذا رفع الأمـر الى القضاء حكم بوقوعه لأن القاضى انما يبنى أحكامه على ما يظهر له من البينات وأما ديانة فان الطلاق غير واقع لعدم القصد . ذهب الى ذلك الأحناف (٢) والامام يحيى من الزيدية (٣) .

وحجتهم فى ذلك . أن الخطأ أمر باطنى لا يطلع عليـــه الا من جهـة صاحبه وفى التعرف عليه حرج ومشقة (٤) وكون الزوج عامدا ليس بشرط لأن الفائت بالخطأ هو القصد وانه ليس بشرط لوقوع الطلاق لأن الصريح لا يحتاج الى قصد ونية فاذا ما نطق الشخص بعبارة الطلاق وكان عاقلا وقع طـــلاقه لأنه لا عبرة بالقصد مع اللفظ الصريح (٥) .

وأجيب عن هذا الدليل بأن قولهم ان الخطأ أمر باطنى مسلم . لكن اذا

---

(١) الخطأ لغة ضد الصواب (يراجع المصباح المنير) واصطلاحا وقوع الشىء على خلاف ما أريد وهو أن يفعل الشخص فعلا من غير أن يقصـــده قصدا تاما . وهو عذر صالح لسقوط حق الله تعالى اذ حصل عن اجتهـــاد (يراجع شرح المنار ص ٩٩١ وشرح التوضيح جـ ٢ ص ١٩٥) .

(٢) البدائع جـ ٣ ص ١٠٠ وحاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٤٦٠ ، ٤٦١ وفتح القدير جـ ٣ ص ٤٥ ، ٤٦ والمبسوط جـ ٦ ص ١٢١ .

(٣) البحر الزخار جـ ٣ ص ١٦٧ .

(٤) فقه الكتاب والسنة للشيخ حسن مأمون ص ١٠٢ .

(٥) البدائع جـ ٣ ص ١٠٠ وأصول الفقه للخضـرى ص ١٣١ وشرح التنويح على التوضيح جـ ٢ ص ١٩٥ .

قامت قرينة على الخطأ كان هذا دليلا على صـــدق مدعيهاذن فلا حرج فى الاطلاع عليه حيث ان القرائن تدل على القصد وعدمه فاذا وجدت وجبتصديق المدعى فى خطئه ووجب العمل بها . أما كون الصــريح لا يحتــاج الى قصد ونية . فنقول ان هذا لو كان مقصودا التلفظ به . أما اذا لم يكن مقصــود التلفظ وثبت ذلك بقرائن الأحوال وجب أن يكون لغوا كعمل النائم والمغمى عليه .

القول الثانى :

ان طلاق المخطىء غير واقع مطلقا ذهب الى ذلك الحنابلة والامامية لأن المخطىء فى الحقيقة لم يقصد اللفظ ولا المعنى (١) . أما المالكيــة (٢) فيرون أن المخطىء اذا ثبت سبق لسانه بقرينة لم يلزمه شىء مطلقا لا فى الفتوى ولا فى القضاء وان لم يثبت لزمه الطلاق قضاء . وقال الشافعية والزيدية أن المخطىء لا يصدق ظاهرا فى دعواه سبق لسانه الا بقرينة لتعلق حق الغير به ولأنه خلاف الظاهر الغالب من حال العاقل . أما باطنا فيصدق مطلقا (٣) وقال ابن حزم (٤) من طلق وهو غير قاصد الى الطلاق لكن أخطأ لسانه فان قامت عليه بينة قضى عليه بالطـــلاق لأنه حق ثبت وهــو فى قوله : لم أنو الطلاق مدع بطلان ذلك الحق الثابت فدعواه باطل وان لم تقم عليه بينة لكن أتى مستفتيا لم يلزمه الطلاق .

وقد استدل أصحاب هذا القول بالكتاب والسنة .

أولا ـ الكتــــاب :

قال تعالى : « وليس عليكم جناح فيمــا أخطأتم به ولــكن ما تعمدت قلوبكم » (٥) .

---

(١) المغنى جـ ٨ ص ٢٦٥ وجواهر الكلام جـ ٤ .
(٢) منح الجليل جـ ٢ ص ٢٠٨ والشرح الكبير جـ ٢ ص ٣٦٦ .
(٣) نهاية المحتاج جـ ٦ ص ٤٣٢ وشرح المنهاج جـ ٣ ص ٣٣١ والبحر الزخار جـ ٣ ص ١٦٧ .
(٤) المحلى جـ ١٠ ص ٢٠٠ .
(٥) الآية رقم ٥ من سورة الأحزاب .

وجه الاستدلال بهذه الآية • انها تدل على أن الله جل شأنه قد رفع الجناح - أى المؤاخذة - عن المخطىء فلم يؤاخذه بخطئه ومقتضاه ألا مؤاخذة عليه فى الدنيا ولا فى الآخرة فيعتبر قوله فى الدنيا لغوا لا يترتب عليه حكم• وهذه الآية عامة فيدخل تحت هذا العموم طلاق المخطىء فلا يكون واقعا (١) •

ثانيا - السنة :

روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « انما الأعمال بالنيات وانما لكل امرىء ما نوى » (٢) •

وجه الاستدلال بهذا الحديث • أنه لا عمل الا بنية وطلاق المخطىء مجرد عن النية والقصد فلا يقع (٣) وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال (٤) : « ان الله تعالى وضع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » أخرجه ابن ماجه وصححه ابن حبان •

وجه الاستدلال بهذا الحديث أنه سوى بين الثلاثة فى التجاوز فهو دليل على أن المخطىء غير مؤاخذ بطلاقه نصا فهو غير واقع •

الترجيح :

والقول الراجح هنا هو قول جمهور الفقهاء لأن المخطىء لم يقصد الطلاق حين تلفظ بسببه بل نطق باللفظ عفوا غير عامد الى ذلك • والطلاق لا يقع الا من قاصد له عالم به • لأن الطلاق يقع بالكلام والكلام انما يصح اذا صدر عن قصد صحيح • ألا ترى أن الببغاء اذا لقن فهو والآدمى سواء فى صورة الكلام • وكذلك المجنون والعاقل فانهما فى أصل الكلام سواء • الا أن عبارة المجنون فسدت لعدم القصد الصحيح فكذلك المخطىء فانه غير قاصد فلا يصح

---

(١) المحلى جـ ١٠ ص ٢٠٠ •

(٢) مختصر سنن أبى داود جـ ٣ ص ١٢٩ ، ١٣٠ •

(٣) المحلى جـ ١٠ ص ٢٠٠ وجواهر الكلام جـ ٤ •

(٤) فتح البارى جـ ٩ ص ٣١٤ وسبل السلام جـ ٣ ص ٢١٧ وسنن ابن ماجه جـ ١ ص ٣٢٢ •

طلاقه كطلاق النائم والمغمى عليه • ومما يؤيد هـذا أن الله جل شأنه قال : « لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم » وفسر اللغو كما عن الصحابةوالتابعين مرة بما يجرى على اللسان من غير قصد وأخرى بما يظن خطأ • فعلى التفسير الأول أبطل الشارع اليمين لعدم القصد أصلا وعلى الثانى ابطالها لغلطه فى ظنه مع أنه قاصد للسبب والحكم • فهذا مبدأ تشريعى يجب العمل به وهـو ألا يرتب الناس الأحكام على أسباب لم تقصد (١) •

ولكن يجب أن يقيد عدم الوقوع بمـا اذا ثبت الخطأ لئـلا يفتح باب الدعوى أمام كل مدع حين تضيق السبل عليـه فيدعى أنه كان مخطئـا فى اللفظ • وانما قلنا ذلك احتياطا لأمر الفروج فانه مما يجب فيه الاحتياط •

شروط المطلق فى القـانون :

كان العمل فى هذا الشأن جاريا طبقا للراجح من مذهب أبى حنيفة حتى صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وبناء على هـذا فلا يقع طـلاق كل من الصبى والمجنون والمعتوه والمدهوش • ولما صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ نص فى مادته الأولى على عدم وقوع طلاق السكران والمكره • أما طـلاق الغضبان والمخطىء والهازل فانه واقع طبقا لهذا القانون •

مشروع القـانون :

نص المشروع فى المادة (١٠٦) على أنه يشترط لوقوع الطلاق من الزوج أن يكون عاقلا مختارا قاصدا الى اللفظ الذى يقع به الطلاق واعيا ما يقول • فلا يقع طلاق المجنون والمعتوه والمكره والمخطىء والسكران والمدهوش والغضبان اذا أخرجه الغضب عن عادته وصار بغضبه كالمكره على الطلاق • وان كان لا خلل فى أقواله والقول فى ذلك للزوج • بناء على هذا يبين لنا من هذه المادة ان المشروع خالف القانون المعمول به حاليا فى جمهورية مصر العربيـة حيث نص على عدم وقوع طلاق المخطىء والغضبان • وهذه خطوة موفقة • الا أن هذه المادة لم تنص على عدم وقوع طلاق الصبى • وهـذا ــ على ما أعتقد ــ نقص فى هذه المادة اذ كان يجب على واضعى المشروع النص على ذلك •

---

(١) الوسيط فى أصول الفقه الحنفى للاستاذ أبى سنة ص ١٧٣ •

الباب الثالث

فى الطلاق المقيــــــد

ويتضمن أربعة فصول :

الفصل الأول

فى الطلاق المقيد من حيث الزمن والأثر المترتب على مخالفة هذا القيد

ويشتمل على مبحثين :

المبحث الأول : فى الطلاق المقيد من حيث الزمن ٠

المبحث الثانى : فى الأثر المترتب على مخالفة هذا القيد ٠

الفصل الثانى

فى الطلاق المقيد من حيث العدد والصفة والأثر المترتب على مخالفة هذا القيد

ويشتمل على مبحثين :

المبحث الأول : فى الطلاق المقيد من حيث العدد والصفة ٠

المبحث الثانى : فى الأثر المترتب على مخالفة هذا القيد ٠

الفصل الثالث

فى الطـلاق المقيد بالعوض

ويشتمل على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : فى تعريف الخلع ومشروعيته ٠

المبحث الثانى : متى يحل أخذ العوض ؟ وما مقداره ٠

المبحث الثالث : فى الفرقة المترتبة على الخلع هل هى فسخ أم طلاق ٠

الفصل الرابع

فى قيد الاشهاد على الطلاق

الفصل الأول

تمهيـــــد :

ان الشارع الحكيم حينما شرع الطلاق جعله بيد الرجل الا أنه لم يترك له الحرية فى طريقة ايقاعه ، بل وضع له قيودا وأوجب على المطلق مراعاتها، وتلك القيود هى :

القيد الزمنى والقيد العددى وقيد العوض وقيد الاشهاد .

وللفقهاء اختلاف فى بعض هـذه القيود سنبينه فى موضعه من هـــذا الباب . فاذا راعى الزوج هذه القيود عند ايقاعه الطلاق . كان طلاقه مشروعا متى توافرت مقتضياته لاتباعه للمنهج الذى رسمه الشارع وحدد فيه نظـام الطلاق وحينئذ تترتب عليه آثاره . وهذا النوع من الطلاق هو المعروف عند الفقهاء بالطلاق السنى ، أما اذا خالف الزوج هذه القيود أو بعضها ولم يراعها عند استعماله لحق الطلاق لم يكن طلاقه مشروعا لمخالفته للمنهج الشرعى ، وهذا النوع هو المعروف عند الفقهاء بالطلاق البدعى .

وللفقهاء اختلاف فى ترتب الأثر عليه حينئذ .

وسنبين فى هذا الباب هذه القيود وآراء الفقهاء فيها .

المبحث الاول

فى تقييد الطلاق بزمن الطهر

اتفق الأئمة الأربعة والظاهرية والزيدية والامامية (١) على وجوب تحقق هذا القيد - وهو الطهر الخالى عن الجماع - عند ايقاع الطلاق على الزوجة المدخول بها اذا كانت من ذوات الاقراء وكانت حائلا ولم يكن بينهما وبين زوجها اتفاق على الطلاق بمال - الخلع - وهذا القيد يستلزم تحقق قيدين آخرين وهما :

أولا : أن تكون المرأة طاهرا من النفاس لأنه فى معنى الحيض فيكون حكمه حكم الحيض (٢) .

ثانيا : أن تكون الحيضة السابقة على الطهر خالية من المس والطلاق .

فاذا راعى الزوج هذه القيود كان طلاقه مشروعا لموافقته للمنهج الشرعى . لأن تطليق الزوجة فى طهر لم يواقعها الزوج فيه ولا فى الحيض السابق عليه ولم يوقع فيه طلاقا . يكون - طلاقها - فى وقت تكون النفس فيه راغبة هادئة فاذا طلق الزوج فى هذه الحال كان طلاقه حينئذ دليلا على استحكام النفرة . فيكون طلاقا دعت اليه الحاجة الملحة .

أما اذا خالف الزوج هذه القيود كان طلاقه غير مشروع .

وقد استدل الجمهور بالكتاب والسنة .

---

(١) فتح القدير جـ ٣ ص ٢٣ ، ٢٨ والبدائع جـ ٣ ص ٨٨ والشرح الكبير جـ ٢ ص ٣٦١ والخرشى جـ ٤ ص ٢٧ ونهاية المحتاج جـ ٧ ص ٤ ، ٥ والأم جـ ٥ ص ١٦٣ وكشاف القناع جـ ٣ ص ١٤٣ ، ١٤٤ والمغنى جـ ٨ ص ٢٣٥ ، ٢٣٧ والمحلى جـ ١٠ ص ١٦١ والبحر الزخار جـ ٣ ص ١٥٢ وشرائع الاسلام ص ٢٠٦ وجواهر الكلام جـ ٤ باب الطلاق .

(٢) ابن عابدين جـ ٢ ص ٤٥٦ والخرشى جـ ٤ ص ٢٧ وشرح المنهاج لجلال الدين المحلى جـ ٣ ص ٣٤٧ والمحرر جـ ٢ ص ٥٢ والمحلى جـ ١٠ ص ١٧٦ وشرائع الاسلام ص ٢٠٦ .

اولا ـ الكتـــــاب :

قال تعالى : « يا أيها النبى اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن » (١) :

وجه الاستدلال بهذه الآية ٠ أنها تدل على أن طلاق المدخول بهن يجب أن يكون فى وقت طهرهن لأن المعنى المستفاد من الآية اذا أردتم تطليقهن فطلقوهن مستقبلات لعدتهن ٠ ومما يؤيد هذا قراءة النبى صلى الله عليه وسلم « فى قبل عدتهن » فقد جاء فى صحيح مسلم (٢) من رواية أبى الزبير عن ابن عمر أنه قال : وقرأ رسول الله صلى الله عليه وسلم : « يا أيها النبى اذا طلقتم النساء فطلقوهن فى قبل عدتهن » وكان ابن عمر كما أخرج عنه ابن المنــذر وغيره يقرأ كذلك (٣) وكذلك قرأ ابن عباس رضى الله عنهمــا « فى قبــل عدتهن » أخرجه الطبرى بسند صحيح (٤) وهذا على رأى من يرى أن العدة بالحيض ٠ أما على رأى من يرى أن العدة بالأطهار فانه يعلق لام التوقيت بالفعل فيكون المراد من الآية فطلقوهن لاستقبال عدتهن أى فى الوقت الــذى يمكنهن الشروع فى العدة وهو الطهر الذى لم يحـــدث فيه مس ٠ وعلى كلا الرأيين فان الطلاق فى الحيض ليس وقته هو الوقت الذى تبدأ فيه المطلقة عدتها وانما الطلاق فى الطهر هو الذى يستقبل العدة سواء أقلنا أن القرء هو الطهر أم قلنا انه الحيض (٥) وقد روى عن ابن عباس رضى الله عنهمــا أنه كان

---

(١) الآية الأولى من سورة الطلاق ٠

(٢) صحيح مسلم بشرح النووى جـ ١٠ ص ٦٩ ٠ وجاء فى فتـــاوى ابن تيمية : جـ ٣ ص ٤٤ « وفى رواية فى الصحيح وقرأ النبى صلى الله عليه وسلم « اذا طلقتم النساء فطلقوهن فى قبل عدتهن » ٠

(٣) الألوسى جـ ٩ ص ٩٢ ٠

(٤) فتح البارى جـ ٩ ص ٢٧٦ ٠

(٥) اختلف الفقهاء فى عدة المطلقة هل هى بالحيض أم بالاطهار على رأيين:

الأول : يرى أن العدة بالاطهار وبهذا قال مالك والشافعى ٠

والثانى : يرى أن العدة بالحيض وبه قال أبو حنيفة وابن حنبل وذلك لأن منشأ الخلاف أن القرء فى اللغة يحتمل المعنيين ٠ قال أبو عبيـــدة القرء يصلح للطهر والحيض وبه قال أبو اسحاق الزجاج واليه ذهب القـــاضى أبو اسحاق غير انه قال : وفى الطهر أظهر (يراجع الموطأ بشرح الباجى جـ ٤

=

يقول (١) : الطلاق على أربعة وجوه ٠ وجهان حلال ووجهان حرام فأما اللذان هما حلال فان يطلقها طاهرا من غير جماع أو حاملا مستبينا حملها ٠ واما اللذان هما حرام فأن يطلقها وهى حائض أو يطلقها بعد جماعها لا تدرى اشتمل الرحم على ولد أم لا ٠ رواه الدارقطنى ٠

وقد جاء فى القرطبى (٢) ما يدل على أن هذه الآية وردت لبيان القيد الزمنى حيث قال : « وانما راعى الله سبحانه وتعالى الزمان فى هذه الآية »٠

ثانيا ـ السنة :

جاء فى صحيح البخارى ومسلم والنسائى والموطأ (٣) عن نافع أن عبد الله بن عمر طلق امرأته (٤) وهى حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر بن الخطاب رسول الله عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم : « مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء أمسكهاوان شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء » أخرجه الأئمة الستة (٥) ٠

=

ص ٩٤ ، ٩٥) وعلى هذا فمن يرى أن العدة بالاطهار يحتسب للمطلقة ما بقى من الطهر الذى وقع فيه الطلاق من العدة ولو كان الباقى لحظة ثم حاضت احتسبت تلك اللحظة قرءا لأن الطلاق انما جعل فى الطهر ولم يجعل فى الحيض (يراجع الشرح الكبير جـ ٢ ص ٤٦٩ والمهذب جـ ٢ ص ١٤٣) ٠ أما من يرى أن العدة بالحيض فان المطلقة فى الطهر تكون مستقبلة لعدتها لأنه يحتسب لها الحيضة التى تلى الطهر الذى وقع فيه الطلاق من العدة (يراجع فتح القدير جـ ٣ ص ٢٧٠ ، وزاد المعاد جـ ٤ ص ١٨٥) ٠

(١) فتاوى ابن تيمية جـ ٣ ص ٤٤ ، ٤٥ ٠

(٢) القرطبى جـ ١٨ ص ١٠١ ٠

(٣) فتح البارى جـ ٩ ص ٢٧٦ وصحيح مسلم بشرح النووى جـ ١٠ ص ٦٠ ، والنسائى جـ ٢ ص ٩٤ والموطأ بشرح الباجى جـ ٤ ص ٩٥ ٠

(٤) وكان اسم زوجته آمنة بنت غفار كما حكاه جماعة منهم النووى وابن باطش وفى مسند أحمد اسمها النوار (يراجع نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٢٢ وفتح البارى جـ ٩ ص ٢٧٧) الا أن صاحب فتح البارى قال : والأول أولى وأقوى ويمكن الجمع بين الروايتين بأن يكون اسمها آمنة ولقبها النوار ٠

(٥) نصب الراية جـ ٣ ص ٢٢١ ٠

وجه الاستدلال بهذا الحديث أنه يدل على عدم مشروعية الطلاق فى الحيض لتغيظ النبى صلى الله عليه وسلم من اقدام ابن عمر على ذلك كما ورد فى رواية سالم بن عبد الله (١) كما يدل أيضا على أن الطلاق المشروع من حيث الزمن هو ما كان فى وقت طهر المرأة من الحيض والنفاس بشرط أن يكون هذا الطهر لم يحدث فيه مس . لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن المس قبل الاقدام على الطلاق حيث قال عليه السلام : « وان شاء طلق قبل أن يمس » وفى رواية قال عليه السلام (٢) : « طاهرا من غير جماع » والأمر بالشىء نهى عن ضده . كما يشترط فى الطهر ألا يكون مسبوقا بطلاق فى الحيضة السابقة عليه لأمره صلى الله عليه وسلم ابن عمر أن يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر . فلو كان الطلاق فى الحيض السابق على الطهر غير مانع من مشروعية الطلاق فى الطهر الذى يلى تلك الحيضة (٣) لما كان هناك معنى لأمره بالامساك حتى تطهر ثم تحيض حيضة أخرى . لأن غاية المشرع من هذه المدة ألا يكون فى الحيض السابق على الطهر طلاق .

---

(١) جاء فى صحيح مسلم بشرح النووى جـ ١٠ ص ٦٤ عن سالم بن عبد الله أن عبد الله بن عمر قال طلقت امرأتى وهى حائض فذكر ذلك عمر للنبى صلى الله عليه وسلم فتغيظ رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم قال : « مره فليراجعها » الحديث قال ابن حجر فى فتح البارى جـ ٩ ص ٢٧٧ : لم أر هذه الزيادة فى رواية غير رواية سالم وهو أجل من روى الحديث عن ابن عمر .

(٢) سنن البيهقى جـ ٧ ص ٣٢٥ .

(٣)قال الطحاوى من فقهاء الأحناف للزوج أن يطلق زوجته فى الطهر الذى يلى الحيضة التى طلقها فيها ثم راجعها مستندا فى ذلك الى رواية سالم « مره فليراجعها ثم ليطلقها طاهرا أو حاملا » وجاء فى الأصل أن الزوج اذا طلق فى الحيض وجب عليه أن يراجع المطلقة ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء طلق . قال الكرخى : ما ذكره الطحاوى قول أبى حنيفة وما ذكر فى الأصل هو قولهما - أى قول محمد وأبى يوسف - ثم قال الكمال بن الهمام : والظاهر أن ما فى الأصل قول الكل لأنه موضوع لاثبات مذهب أبى حنيفة الا أن يحكى الخلاف ولم يحك فيه خلاف لذا قال فى الكافى : انه ظاهر الرواية عن أبى حنيفة وبه قال الشافعى فى المشهور ومالك وأحمد (يراجع فتح القدير جـ ٣ ص ٣٤ ، والمبسوط جـ ٦ ص ١٧) .

حكمة تحريم الطلاق فى الحيض :

حرم الشارع الطـــلاق فى الحيض والنفاس وفى طهر المواقعة (١) لأن الأصل فى الطلاق أنه أبغض المباحات الى الله تعالى ٠ وانما شرع للحاجة وفى هذه الحالات الثلاث قد لا تظهر الحاجة الدافعة اليه لأن بعضهـا ـ كالحيض والنفاس ـ ينفر الزوج من زوجته فتعاف النفس أن تقربها حينئذ فلا تكون رغبة الزوج فى الابقاء عليها شديدة فقد يطلقها دون أن تكون هنـــاك حاجة حقيقة تقتضى الطلاق ، لهذا فان الشارع قد حرم الطلاق فيهما لأن وقتهما هو وقت النفرة والكراهية الطبيعية خشية أن يكون الطلاق لبعد الزوج عنزوجته وهجره لها تلك الفترة التى ستزول بزوال سببها ٠ هذا بالاضافة الى تطويل العدة على المطلقة وفى هذا اضرار بها (٢) والاضرار غير جائز لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار » وفى هذا يقول الأحناف (٣) : الأولى أن يؤخر الطلاق الى آخر الطهر الذى لم يحدث فيه مس احترازا من تطويل العدة٠ والبعض الآخر منها ـ كالطهر المجامع فيه ـ يقلل من رغبة الزوج فى زوجته لأن رغبته قد تفتر بعد قضاء وطره منها ٠ والنفس الكذوب قد تهيىء للزوج حينئذ أن يطلق زوجته زهدا فيها فلا يكون هذا الطلاق لضرورة تقتضيه ٠ كما أن الطلاق فى طهر المواقعة يجعل المطلقة فى حيرة من أمرها لأنها لا تدرى أحملت فتعتد بوضع الحمل أم لازالت حائلا فتعتد بالاقراء ٠ وقد يقع الزواج فى الندم اذا تبين بعد الطلاق أن زوجته كانت حاملا وقت طلاقها لاسيما اذا كانت هذه الطلقة هى آخر الطلقات التى يملكها ٠ لهذا فان الشارع قد نهى عن الطلاق فى طهر المواقعة ٠

---

(١) الا أن المالكية يرون أن الطلاق فى طهر المواقعة بدعى مكروه (يراجع الشرح الكبير جـ ٢ ص ٣٦١) ٠

(٢) فتح القدير جـ ٣ ص ٢٧ والمغنى جـ ٨ ص ٢٣٩ والشرح الكبيـــر جـ ٢ ص ٣٦١ والمهذب جـ ٢ ص ٧٩ والمحلى جـ ١٠ ص ١٦١ ، والبحر الزخار جـ ٣ ص ١٥٢ وشرائع الاسلام ص ٢٠٦ ٠

(٣) الهداية وشرح العناية جـ ٣ ص ٢٤ ٠

ونحن نرى – على ضوء ما سلف بيانه – أن الطلاق يجب أن يكون فى وقت تشتد فيه رغبة الزوج الى زوجته عادة ليكون الدافع اليه حينئذ دافعا حقيقيا خاليا من المؤثرات الوقتية التى تزول بزوال وقتها ٠ والذى يبدو لى – على ما أعتقد – أن حكمة تحريم الطلاق البدعى من حيث الوقت ليست قاصرة على تطويل العدة بالنسبة للمطلقة فى الحيض واحتمال الحمل بالنسبة للمطلقة فى طهر المواقعة بل الحكمة من ذلك أيضا أن الشريعة الاسلامية لم تشرع الطلاق جزافا وانما شرعته لحاجة المجتمع الانسانى اليه ثم وضعت له من القيود ما يشعر الناس بخطورته كى لا يتخذوه لعبة بأيديهم كما يفعل بعض من لا خلاق لهم ٠ ولو أدرك الناس الاسرار التى انطوت عليها تلك القيود وعملوا بها ما وقع طلاق مخالف للمنهج الشرعى ولما ندم رجل على امرأة وقد قال على بن أبى طالب رضى الله عنه فى ذلك (١) : « لو أصاب الناس معنى الطلاق لما قدم رجل على امرأة » وقال أيضا صاحب التاج المذهب : ينبغى لكل مسلم التأنى فى الطلاق والتحرى على اصابة السنة لئلا يأثم ويندم اذا خالف السنة بالعجلة وعدم التثبت وهذا من نظام الاسلام المبنى على الحكمة والرحمة والاتقان (٢) ٠

من لا يشملهن هذا القيد :

سبق أن بينا فى أول هذا المبحث أن هذا القيد خاص بالمطلقة المدخول بها اذا كانت من ذوات الاقراء وكانت حائلا وليس بينهما اتفاق على الخلع٠

أما المطلقة قبل الدخول والحامل والصغيرة ومن فى حكمها ٠ فلا يشملهن هذا القيد ٠

وسنبين حكم ايقاع الطلاق – من حيث القيد الزمنى – بالنسبة لكل واحدة منهن على انفراد ٠

---

(١) التاج المذهب جـ ٢ ص ١٢٧ ٠
(٢) المرجع السابق ٠

أولا ـ الطلاق قبل الدخول :

اتفق الأئمة الأربعة والظاهرية والزيدية والامامية (١) على أنه يجوز للزوج أن يطلق زوجته التى لم يدخل بها أى وقت شاء دون التقيد بزمن الطهر لأن الرغبة فيها متوفرة فى كل وقت وعلى هذا فلو طلقها فى أثناء حيضها جاز ذلك ووقع الطلاق لأن طلاق التى لم يدخل بها الزوج فى الحيض يقوم دليلا على تحقق الحاجة الموجبة للطلاق وبناء على هذا يكون طلاقها فى الطهر والحيض سواء اذ لا عدة عليها فلا يلحقها ضرر تطويل العدة ٠ وقد استدلوا لذلك بقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها » (٢) ٠ وقال أيضا : « لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن » (٣) ٠

وجه الاستدلال :

ان هاتين الآيتين تدلان على أن طلاق المرأة قبل الدخول يجوز فى وقت طهرها وحيضها اذ لا عدة عليها ٠ وفى ذلك يقول الجصاص (٤) : ان من لا عدة عليها كالطلاق قبل الدخول فطلاقها مباح فى الحيض أو الطهر ٠ ويقول صاحب مجمع البيان (٥) : وانما خص التى لم يدخل بها بالذكر فى رفع الجناح لأمرين: أولهما : ازالة الشك ٠ وثانيهما : لأن له أن يطلقها أى وقت شاء دون التقييد بوقت الطهر وخالف زفر ـ من فقهاء الأحناف ـ جمهور الفقهاء حيث قال : لا يجوز طلاق غير المدخول بها فى حال حيضها قياسا على المدخول بها بجامع

---

(١) فتح القدير جـ ٣ ص ٢٩ والمبسوط جـ ٦ ص ٨ والشرح الكبير جـ ٢ ص ٣٦٣ والباجى جـ ٤ ص ٩٦ والأم جـ ٥ ص ١٦٣ والشرح الكبير جـ ٨ ص ٢٦١ والمحلى جـ ١٠ ص ١٦١ والبحر الزخار جـ ٣ ص ١٥٢ وشرائع الاسلام ص ٢٠٦ ٠

(٢) الآية رقم ٤٩ من سورة الأحزاب ٠

(٣) الآية رقم ٢٣٦ من سورة البقرة ٠

(٤) الجصاص جـ ٣ ص ٥٥٧ ٠

(٥) مجمع البيان جـ ٢ ص ١٥٨ ٠

وقت النفرة فى كل (١) وممن قال بهذا أشهب من المالكية (٢) والقاسمية من الزيدية (٣) ٠

واعترض على هذا الدليل بأنه غير مسلم لأنه قياس مع الفارق ٠ لأن وقت النفرة فى المدخول بها متحقق حال حيضها لأن النفس تعافها فلا يستطيع الزوج أن يقربها فالرغبة فى طلاقها غير صادقة بخلاف التى لم يدخل بها فان الرغبة فيها صادقة لا تقل بالحيض لأن الزوج لم ينقها ٠ وأيضا فالمانع من الطلاق فى الحيض للمدخول بها ليس هو مجرد النفرة بل مع انضمام الاضرار بتطويل العدة عليها وغير المدخول بها لا يتحقق فيها هذا المعنى ٠ وبذلك يبطل ما استدل به زفر فلا يصلح للاحتجاج به وعلى هذا يكون الراجح هو رأى جمهور الفقهاء لسلامة أدلته من الاعتراض ٠

ثانيا ـ طلاق الحامل :

اتفق الأئمة الأربعة والظاهرية والزيدية والامامية (٤) على أن طلاق الحامل مطلق عن التقيد بالوقت لأن عدتها بوضع الحمل عملا بقوله تعالى : « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » (٥) لذا فانه يجوز طلاقها ولو كان ذلك عقب وطئها لأنه لا وجه لاشتباه العدة عليها لظهور حملها ولأن الحمل يزيد من رغبة الزوج فى التمسك بها لمكان الولد منها ٠ وعلى هذا فاذا طلقها الزوج حينئذ كان طلاقه لضرورة اقتضت التخلص منها كعدم موافقة الأخلاق أو سوء السلوك والارتياب فى شأنها ٠ وقد ورد فى بعض روايات حديث.

---

(١) فتح القدير جـ ٣ ص ٢٩ ٠
(٢) الموطأ بشرح الباجى جـ ٤ ص ٩٦ ٠
(٣) البحر الزخار جـ ٣ ص ١٥٢ ٠
(٤) فتح القدير جـ ٣ ص ٣٢ ، ٣٣ والمبسوط جـ ٦ ص ١٠ ، ١١ والشرح الكبير جـ ٢ ص ٣٦٣ ونهاية المحتاج جـ ٧ ص ٥ والمغنى جـ ٨ ص ٢٤٤ والمحرر جـ ٢ ص ٥١ والمحلى جـ ١٠ ص ١٦١ والبحر الزخار جـ ٣ ص ١٥٢ وجواهر الكلام جـ ٤ باب الطلاق ٠
(٥) الآية رقم ٤ من سورة الطلاق ٠

ابن عمر (١) وهى رواية محمد بن عبد الرحمن عن سالم « ثم يطلقها طاهرا أو حاملا » وقد تمسك الجمهور بهذه الرواية حيث قالوا : ان طلاق الحامل سنى ٠

ثالثا ـ طلاق الصغيرة ومن فى حكمها :

اتفق الأئمة الأربعة والظاهرية والزيدية والامامية (٢) على أنه يجوز للزوج أن يطلق زوجته اذا كانت لا تحيض لصغرها أو كبرها متى شاء دون التقيد بوقت معين سواء أكان وطئها أم لم يكن لأن هذه عدتها ثلاثة أشهر ففى أى وقت طلقها كان طلاقها لعدتها ٠ لأنها لا تعتد بقروء ولا بوضع حمل : وحجتهم فى ذلك قوله تعالى : « واللائى يئسن من الحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن » (٣) ٠

وفى ذلك يقول ابن حزم (٤) : « وأما التى لم تحض أو قد انقطع حيضها فان الله عز وجل أجمل لنا اباحة الطلاق وبين لنا طلاق الحامل وطلاق التى تحيض ولم يحد لنا تعالى فى التى لم تحض ولا فى التى انقطع حيضها حدا فوجب أنه تعالى أباح طلاقها متى شاء الزوج اذ لو كان له عز وجل فى وقت طلاقها شرع لبينه علينا » ٠

أما زفر ـ من فقهاء الأحناف ـ فانه يرى (٥) أن يفصل بين وطئها وطلاقها بحيضة فكذلك من لا تحيض يجب الفصل بين وطئها وطلاقها بشهر

---

(١) فتح البارى جـ ٩ ص ٢٨٠ ، ٢٨١ ٠

(٢) فتح القدير جـ ٣ ص ٢٩ ـ ٣١ والباجى جـ ٤ ص ٩٦ والمدونة جـ ٢ ص ٦٨ والمهذب جـ ٢ ص ٧٩ وكشاف القناع جـ ٣ ص ١٤٥ والمحرر جـ ٢ ص ٥١ ، والمحلى جـ ١٠ ص ١٦٣ والبحر الزخار جـ ٣ ص ١٤٢ ، ٢٠٢ وشرائع الاسلام ص ٢٠٦ من الهامش ٠

(٣) الآية رقم ٤ من سورة الطلاق ٠

(٤) المحلى جـ ١٠ ص ١٦٣ ٠

(٥) فتح القدير جـ ٣ ص ٣١ ٠ وقال الحلوانى فى المحيط ان القول بعدم الفصل انما يكون فى صغيرة لا يرجى حبلها ٠ أما من يرجى حبلها فالأفضل للزوج أن يفصل بين وطئها وطلاقها بشهر ٠

لقبامه فى التى لا تحيض مقام الحيض · ولأن بالجماع تفتر الرغبة وانمـــا تتجدد بمضى فترة من الزمن وهى الشهر ·

وقد اعترض على هذا · بأن كراهية الطـلاق بعـد الجمــاع فى ذوات الحيض انما كانت لتوهم الحمل واشتباه وجه العدة على المطلقة لهذا فصل بين وطئها وطلاقها بحيضة بخلاف من لا تحيض لصغر أو كبر فان هــذه لا يتوهم حملها · وعلى هذا فلا يلزم الفصل بين وطئها وطلاقهــا بل يجوز طلاقها عقب وطئها ·

رابعا ـ الطلاق باتفاق الزوجين على الخلع :

يرى الأئمة الأربعة (١) أن الطلاق باتفاق الزوجين على المخالعة جائز فى حال طهر المرأة وفى حال حيضها لأن المنع من الطلاق فى الحيض انمـــا كان لأجل الضرر الذى يلحق الزوجة بتطويل العدة عليها · والطلاق بالاتفاق انما جعل لدفع الضرر الذى يلحق الزوجة من سوء عشرة الزوج لها أو لبغضها اياه وذلك أعظم من الضــرر المترتب على تطويل العدة ـ فجـــاز رفع أعظم الضررين بأخفهما · والنبى صلى الله عليه وسلم لم يسأل المختلعة عن حالها لأن الطلاق بالاتفاق يحدث نتيجة لسؤال الزوجة ذلك فيكون برضاها فضلا عن بذلها المال نظير ذلك · فهذا يدل على رجحان مصلحتها فيه وقد قال ابن تيمية فى ذلك (٢) : « وليس هو من الطلاق المكروه فى الأصل ولهذا يباح فى الحيض بخلاف الطلاق » أ· هـ· وخالف الزيدية والامامية (٣) فى هذا حيث يرون أن

---

(١) ابن عابدين جـ ٢ ص ٦٠٥ وحاشية الشلبى على الزيلعى جـ ٢ ص ١٩١ والشرح الكبيــر وحاشية الدسوقى عليه جـ ٢ ص ٣٦٣ (وقـد اختلف المالكية فى جواز ذلك نظرا لاختلافهم فى علة منع الطلاق فى الحيض فمن قال ان الحكمة من ذلك تطويل العدة أجاز الخلع فى الحيض لرضاها به وبذلهـــا المال فى سبيل الحصول عليه · ومن قال ان الحكمة تعبدية لم يجز الخلع فى الحيض) والمهذب جـ ٢ ص ٧١ والمغنى جـ ٨ ص ١٧٤ ·

(٢) فتاوى ابن تيمية جـ ٣ ص ٦٣ ·

(٣) البحـــر الزخار جـ ٣ ص ١٧٨ وشرائع الاســلام ص ٢١٩ وجواهــر الكلام جـ ٤ باب الخلع ·

الطلاق باتفاق الزوجين على الخلع مقيد من حيث الوقت بأن يكون فى طهر لم يحدث فيه مس اذا كانت الزوجة مدخولاً بها غير يائسة ومعنى هذا أنهم يشترطون فى الطلاق بالمخالعة الشروط الواجب توافرها فى الطلاق المطلق ٠

المبحث الثانى

اذا خالف الزوج المنهج الشرعى الذى حدده الشارع للطلاق ولم يراع القيود المفروضة أو بعضها بالنسبة للزمن الذى حدده الشارع لايقاع الطلاق على الزوجة وذلك بأن أوقع الطلاق فى حيض أو نفاس أو فى طهر جامع فيه أو غير ذلك من صور المخالفة فقد اختلف الفقهاء فى وقوع طلاقه أو عدم وقوعه على فريقين ٠

فريق يرى أن هذا الطلاق وان كان محرما لكنه يقع ويأثم الزوج ٠

والفريق الآخر يرى أن الطلاق فى الحيض بدعة (١) مردودة فلا يقع ٠

رأى الفريق القائل بوقوع الطلاق :

ذهب هذا الفريق من الفقهاء وهم الأئمة الأربعة (٢) وبعض الزيدية (٣) الى أن الطلاق فى الحيض والنفاس وفى طهر المواقعة طلاق محرم للنهى عنه الثابت ضمن الأمر فى قوله تعالى : « فطلقوهن لعدتهن » (٤) فاذا طلق الزوج امرأته فى حالة من هذه الحالات أثم ولزمه الطلاق وعليه أن يراجعها ان كان

---

(١) البدعة اسم من الابتداع كالرفعة من الارتفاع وقد غلب استعمالها على ما هو نقص فى الدين أو زيادة لكن قد يكون بعضها غير مكروه فيسمى بدعة مباحة وهو ما شهد لجنسه أصل فى الشرع أو اقتضته مصلحة تندفع بها مفسدة كاحتجاب الخليفة عن اختلاط الناس (البحر الرائق ج ٣ ص ٢٤٠) ٠

(٢) فتح القدير ج ٣ ص ٣٣ والمبسوط ج ٦ ص ٥٧ والشرح الكبير ج ٢ ص ٣٦٢ والباجى ج ٤ ص ٩٨ والمهذب ج ٢ ص ٧٩ والمغنى ج ٨ ص ٢٣٧ ٠

(٣) البحر الزخار ج ٣ ص ١٥٤ والتاج المذهب ج ٢ ص ١٢٧ ٠

(٤) البحر الرائق ج ٣ ص ٢٤١ ٠

الطلاق رجعيا عملا بحقيقة الأمر فى قوله صلى الله عليه وسلم : « مره فليراجعها » رفعا للمعصية بالقدر الممكن وذلك برفع أثرها وهو تطويل العدة لأن رفع الطلاق بعد وقوعه غير ممكن بخلاف الأثر ولأن الرجعة قاطعة للضرر من أصله فكانت بمنزلة التوبة لرفع أصل المعصية (١) ٠

---

(١) نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٥ ٠

وقد اختلف جمهور الفقهاء فى مراجعة المطلقة فى الحيض وغيره من صور البدعة فى الوقت هل هى واجبة أو مستحبة ٠ فذهب فقهاء الأحناف الى أن مراجعة المطلقة فى الحيض واجبة على الأصح على من طلقها عملا بحقيقة الأمر فى قوله صلى الله عليه وسلم : « مره فليراجعها » وان كانت الصيغة صادرة الى عمر رضى الله عنه لأنه نائب عن النبى صلى الله عليه وسلم فيها فهو كالمبلغ لها فاشتمل قوله « مر ابنك » على وجوبين صريح وهو الوجوب على عمر أن يأمر ابنه وضمنى وهو ما يتعلق بأبنه عند توجيه الصيغة اليه ٠ فان لم يراجعها حتى طهرت تقررت المعصية (يراجع البحر الرائق جـ ٣ ص ٢٤٢ ومجمع الأنهر جـ ١ ص ٣٨٣ وفتح القدير جـ ٣ ص ٣٣ ، ٣٤) ٠

أما المالكية فانهم يرون أن الزوج يجبر على مراجعة زوجته اذا طلقها فى الحيض ويستمر الجبر لآخر العدة وخالف أشهب فى ذلك حيث قال : يجبر ما لم تطهر من الحيضة الثانية لأن النبى صلى الله عليه وسلم أباح فى هذه الحالة طلاقها فلم يكن للاجبار معنى ٠ ومعنى الاجبار أن يأمره الحاكم بارتجاعها فان امتثل فبها ونعمت وان أبى هدد بالسجن فان أبى بعد التهديد سجن بالفعل ويكون ذلك كله بمجلس واحد ٠ (يراجع الشرح الكبير جـ ٢ ص ٣٦٢ ، ٣٦٣ والخرشى جـ ٤ ص ٢٨) ٠

أما الشافعية والحنابلة والزيدية فانهم يرون أن مراجعة المطلقة فى الحيض مستحبة لحديث ابن عمر ولأنه بالرجعة يزول المعنى الذى لأجله حرم الطلاق ولم تجب الرجعة لأن الأمر بالأمر بالشىء ليس أمرا بذلك الشىء وليس فى قوله فليراجعها أمر لابن عمر لأنه تفريع على أمر عمر فالمعنى فليراجعها لكونك والده واستفادة الندب منه حينئذ انما هى من القرينة ٠ واذا راجع ارتفع الاثم المتعلق بحقها ٠

(يراجع المهذب جـ ٢ ص ٧٩ ونهاية المحتاج جـ ٧ ص ٥ والمغنى جـ ٨ ص ٢٣٨ والبحر الزخار جـ ٣ص ١٥٤) ٠

وفى رواية أخرى للحنابلة حكاها ابن أبى موسى عن أحمد أن الرجعة حينئذ واجبة لأنها تجرى مجرى استبقاء النكاح واستبقاؤه ههنا واجب بدليل تحريم الطلاق الا أن هذه الرواية ليست ظاهر المذهب (يراجع المغنى جـ ٨ ص ٢٣٨ ، ٢٣٩ والمحرر جـ ٢ ص ٥١) ٠

استدل هذا الفريق على وقوع الطلاق بالكتاب والسنة :

أولا ـ الكتـــــاب :

قال تعالى : « الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان »(١)
وقال تعالى : « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » (٢) ·

وجه الاستدلال بهاتين الآيتين : أن الآية الأولى عامة وعمومها يدل على جواز وقوع الطلاق متى صدر من المطلق فى أى وقت لأن الله جل شأنه لم يفرق بين أن يكون الطلاق فى حال حيض أو طهر اذ لم يخص حالا دون حال فوجب أن يحمل العام على عمومه ما لم يوجد مخصص له (٣) وأما الآية الثانية فانها مطلقة واطلاقها يدل على وقوع الطلاق فى أى وقت لأن المطلق يحمل على اطلاقه ما لم يوجد ما يقيده (٤) ·

وقد اعترض على هذا الدليل بأن الآية الأولى وان كانت عامة فعمومهـــا مخصوص بقوله تعالى : « فطلقوهن لعدتهن » فهذه الآية قد أمرت بأن يكون الطلاق للعدة والأمر بالشىء نهى عن ضده وبذلك يخصص عموم الآية الأولى وكذلك الآية الثانية وان كانت مطلقة فقد قيدت بما يفيـــد النهى عن ايقاع الطلاق فى الحيض وسيأتى بيان المخصص والمقيد فى استدلال القائلين بعــدم الوقوع عن الكتاب والسنة · وعلى هذا فلا يكون الدليل صالحا للاستدلال على وقوع الطلاق البدعى ·

ثانيا ـ الســـــنة :

الدليل الأول :

روى البخـــارى ومسلم وأبو داود والنسائى ومالك (٥) عن نافع عن

---

(١) الآية رقم ٢٢٩ من سورة البقرة ·
(٢) الآية رقم ٢٣٠ من سورة البقرة ·
(٣) الموطأ بشرح الباجى ج ٤ ص ٩٨ ·
(٤) نفس المرجع السابق ·
(٥) فتح البارى ج ٩ ص ٢٧٦ وصحيح مسلم بشرح النووى ج ١٠ ص ٥٩ ـ ٦١ وسنن أبى داود ج ٣ ص ٩٢ والنسائى ج ٢ ص ٩٤ والموطأ بشرح الباجى ج ٤ ص ٩٥ ·

ابن عمر رضى الله عنهما أنه طلق امرأته وهى حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء أمسك بعد وان شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء » •

وجه الاستدلال بهذا الحديث : ان قوله صلى الله عليه وسلم «فليراجعها» يفيد وقوع الطلاق لأن المراجعة انما تكون للمطلقة بعد طلاقها والا لقال لعمر اعلمه بأن لم يقع الطلاق أو نحو ذلك والمراجعة فى عرف الشارع انما تحمل على رد الزوجة الى العصمة بعد طلاقها وبهذا يكون الطلاق البدعى واقعا لأن النهى عنه لمعنى فى غيره وهو تطويل العدة على المطلقة والنهى اذا كان لمعنى فى غيره لا يمنع من استتباع المنهى عنه لأثره •

وقد اعترض على هذا الدليل بأن المراد من قوله صلى الله عليه وسلم : « مره فليراجعها » المراجعة اللغوية وهى رد الزوجة الى ما كانت عليه قبل الطلاق والأمر بالمراجعة هنا لا يستلزم وقوع الطلاق فى الحيض لأنه ليس بمعتبر شرعا ولا تخرج المرأة عن الزوجية بسببه وذلك لأن ابن عمر لما طلقها طلاقا محرما حصل منه اعراض عنها ومجانبة لها لظنه جواز وقوع هذا الطلاق الذى أقدم عليه والرجل من عادته اذا طلق امرأته أن يجتنبها لذا فان النبى صلى الله عليه وسلم أمره أن يردها ورد الشىء الى ملك من ظن خروجه عنه لا يستلزم خروجه عن ملكه شرعا • ويدل على ذلك ما جاء فى السنن عن ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم رد زينب على زوجها أبى العاص بالنكاح الأول فهذا رد لها ولم يكن بعد طلاق فالمراجعة اذن تدل على العود الى الأول •

وقد تكون المراجعة بعقد جديد كما فى قوله تعالى : « فان طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا » كما قد تكون برجوع بدن كل منهما الى صاحبه وان لم يحصل طلاق كما اذا أخرج الزوجة من داره فقيل له راجعها فأرجعها لأن ألفاظ

الرجعة من الطلاق الرد والامساك وتستعمل فى استدامة النكاح لقوله تعالى : « واذ تقول للذى أنعم الله عليه وأنعمت عليه أمسك عليك زوجك » ولم يكن هناك طلاق . وقال تعالى : « الطـلاق مرتان فامســاك بمعروف أو تسريح باحسان » والمراد به الرجعة بعد الطلاق وهى التى يستقل بها الزوج ويؤمر فيها بالاشهاد والنبى صلى الله عليـه وسلم لم يأمر ابن عمر بالاشهاد (١) وبهذا يبطل استدلال الجمهور بهذا الحديث .

ويجاب عن هذا الاعتراض بما جاء فى صحيح مسلم (٢) من احتساب تلك الطلقة وقد نص على ذلك فى رواية سالم بن عبد الله حيث قال : « وكان عبد الله بن عمر طلقها تطليقة واحدة فحسبت من طلاقها » وراجعها عبد الله كما أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم فهـذا يدل على وقوع الطـلاق فى الحيض وأيضا فقد جاء فى صحيح البخارى عن سعيد بن جبير عن عبد الله ابن عمر انه قال : « حسبت على بتطليقة » (٣) ومن اسـتعرض الأحاديث التى ورد فيها لفظ المراجعة لا يخالجه أدنى شك فى أن لفظ المراجعة من الألفاظ الشرعية المستعملة فى عهـد النبى صلى الله عليـه وسلم فى المعنى الخاص بالرد الى العصمة بعد الطلاق ولم يحدث فى ذلك اصطلاح مستحدث بعد عهد النبوة أصلا وعلى هذا فيكون المقصود من هذا اللفظ المعنى الشرعى أى العودة الى المعاشرة الزوجية بعد ايقاع الطلاق الرجعى وبهذا يبطل الاعتراض على الدليل فيكون صالحا للاستدلال به على وقوع الطلاق البدعى .

الدليل الثانى :

جاء فى صحيح مسلم (٤) عن سالم بن عبد الله أن عبد الله بن عمر

---

(١) فتاوى ابن تيمية جـ ٣ ص ٢٦ و ٢٧ وتهذيب ابن القيم على مختصر سنن أبى داود جـ ٣ ص ٩٩ و ١٠٠ .

(٢) صحيح مسلم بشرح النووى جـ ١٠ ص ٦٤ .

(٣) فتح البارى جـ ٩ ص ٢٨١ و ٢٨٢ ومثله للبيهقى جـ ٧ ص ٣٢٦ .

(٤) صحيح مسلم بشرح النووى جـ ١٠ ص ٦٤ و ٦٥ وقـد وردت هـذه الرواية فى سنن النسائى جـ ٢ ص ٩٤ .

قال : طلقت امرأتي وهي حائض ٠٠ الى ان قال : وكان عبد الله طلقها تطليقة واحدة فحسبت من طلاقها وراجعها كما أمره النبي صلى الله عليه وسلم وقد جاءت هذه الرواية أيضا عن الزبيدي عن الزهري بهذا الاسناد ٠ غير انه قال : قال ابن عمر فراجعتها وحسبت لها التطليقة التي طلقتها ٠ وجه الاستدلال بهذا الحديث : أنه يدل بنصه على احتساب الطلاق الواقع في الحيض وهذا نص في محل النزاع يجب المصير اليه ٠ وقد اعترض على هذا الدليل بأنه لا يصلح للاستدلال على وقوع الطلاق في الحيض لأنه لم يبين من الذي احتسب تلك الطلقة ٠ هل هو النبي صلى الله عليه وسلم أم عمر بن الخطاب واذ لم يبين من الذي احتسبها فانه لا يصلح للاستدلال به ٠ لا سيما وأنه قد ورد في رواية أبي الزبير « أن ابن عمر قال : فردها عليه ولم يرها شيئا » فكيف نظن بابن عمر انه يخالف رسول الله صلى الله عليه وسلم فيحسبها من طلاقها والرسول عليه السلام لم ير شيئا ٠ وعلى هذا فلا يكون هذا الدليل صالحا للاستدلال به على وقوع الطلاق البدعي (١) ٠

وقد أجيب عن هذا الاعتراض بأنه لا أساس له ٠ لأن الراوي لهذا الحديث انما يروي حادثة وقعت في عهد النبي صلى الله عليه وسلم وعرضت عليه في حينها ثم أبدى فيها حكم الله تعالى ولم يكن لغيره آنذاك أن يشرع أو يحكم في مثل هذه الأمور أو غيرها لأنه المرجع الذي يستمد منه التشريع واذا كان الأمر كذلك فان رواية الراوي باحتساب الطلقة تكون مرفوعة الى النبي صلى الله عليه وسلم لا سيما وان ابن عمر صاحب القصة قد أخبر باحتسابها وحينئذ يكون احتمال أن الذي احتسبها عليه غير النبي صلى الله عليه وسلم بعيد جدا (٢) وبذا يصبح الدليل سالما من الاعتراض وصالحا للاستدلال به على وقوع الطلاق البدعي ٠

---

(١) زاد المعاد جـ ٤ ص ٤٧ ٠

(٢) فتح الباري جـ ٩ ص ٢٨٢ ٠

الدليل الثالث :

جاء فى صحيح مسلم (١) عن يونس بن جبير أنه سأل ابن عمر فحدثه أنه طلق امرأته تطليقة وهى حائض فأمر أن يرجعها قال قلت : أفحسبت عليه قال « فمه أو ان عجز واستحمق » .

وجه الاستدلال بهذا الحديث أنه يدل على وقوع الطلاق فى الحيض ولا يمنع من وقوعه عجز المطلق وحماقته لأن الطلاق لا يسقطه عن المطلق حمقه ولا يبطله عجزه ومما يؤيد هذا ما أورده الدارقطنى (٢) فى رواية شعبة عن أنس بن سيرين عن ابن عمر - فى القصة - فقال عمر يا رسول الله أفتحتسب تلك التطليقة قال نعم ورجاله الى شعبة ثقات .

وقد اعترض على هذا الاستدلال بأنه لو كان ابن عمر يعلم عن يقين أن النبى صلى الله عليه وسلم هو الذى احتسبها عليه لما احتاج أن يقول لسائل « أرأيت أن عجز واستحمق » فإن هذا القول لا يصلح للاستدلال على وقوع الطلاق لأن من عجز واستحمق يرد الى السنة الّتى سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم فكيف يظن بابن عمر أن يكتم نصا علمه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الاعتداد بتلك وطلقة ، وبهذا يصبح الدليل غير صالح للاستدلال به على وقوع الطلاق فى الحيض (٣) .

وقد أجيب عن هذا الاعتراض بأن ابن عمر لم يكتم ما علم من الرسول عليه السلام بشأن هذه الطلقة بل أجاب عن ذلك معبرا بلفظ الغيب عن نفسه حيث قال : أرأيت ان عجز واستحمق فما يمنعه أن يكون طلاقه واقعا (٤) كما جاء صريحا عنه بأنها حسبت عليه واحتمال احتسابها من غير النبى

---

(١) صحيح مسلم جـ ١٠ ص ٦٦ وقد وردت هذه الرواية فى صحيح البخارى بشرح الكرمانى جـ ١٩ ص ٢٣٦ وفتح البارى جـ ٩ ص ٢٨١ .

(٢) فتح البارى جـ ٩ ص ٢٨٣ ونيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٢٤ .

(٣) تهذيب ابن القيم على مختصر سنن أبى داود جـ ٣ ص ١٠٢ .

(٤) الكرمانى جـ ١٩ ص ١٧٩ و ٢٣٧ .

صلى الله عليه وسلم قد زال بما جاء فى رواية شعبة عن أنس بن سيرين عن ابن عمر والذى صرح فيهـــا باحتساب النبى صلى الله عليـــه وسلم لتلك الطلقة • وبعد هذا التصريح باحتسابها وان الذى احتسبها هو النبى صلى الله عليه وسلم لا يقبل جدل أو مناقشة فى ذلك وبهذا يبطل الاعتراض على هذا الدليل فيكون سالما من الاعتراض وصالحا للاستدلال به على وقوع الطـــلاق فى الحيض •

رأى الفريق القائل بعدم الوقوع :

يرى هذا الفريق من الفقهاء ـ وهم ابن حزم الظـــاهرى (١) والشـيعة الامامية (٢) وبعض الزيدية (٣) ـ ان الطلاق فى الحيض والنفاس والطهر الذى جامعها فيه طلاق محرم لنهى الشـــارع عنه • قال تعـــالى : « فطلقوهن لعدتهن » والنهى يقتضى فساد المنهى عنه • فاذا طلق الزوج زوجته طلاقا غير مشروع من حيث الوقت فـــلا يلزمه الطلاق عندهم لبطلانه وهى امرأته كما كانت • وبهذا قال بعض المعتزلة كاسماعيل بن علية (٤) واليه ذهب ابن تيمية وابن القيم من الحنابلة (٥) وقد استدل هذا الفريق على ذلك بالكتاب والسنة والمعقول •

---

(١) المحلى جـ ١٠ ص ١٦١ : ومن المستغرب حقا أن الظاهرية لا يسيرون فى هذا الموضوع على وتيرة واحدة لأنهم يرون أن الزوج اذا طلق زوجته طلقة أو طلقتين فى الحيض أو فى طهر المواقعة لم ينفذ طلاقه • أما ان طلقها الطلقة الثالثة أو الثلاثة مجموعة فى الحيض أو النفاس أو فى طهر المواقعة فان الطلاق يلزمه • فهذا على ما أعتقد تناقض واضح لأنه لا داعى لهذه التفرقة لأن المطلق اذا خالف القيد الزمنى وأوقع الطلاق فى غير وقته المشروع فحينئـــذ اما أن يكون منهيا عنه والنهى عندهم يقتضى الفساد فلا يلزمه طلاقه أيا كان على قاعدتهم واما ألا يكون منهيا عنه فيلزمه وهو خلاف ما ذهبـــوا اليه من أن الطلاق فى الحيض أو فى طهر المواقعة منهى عنه واذن فلا وجه للتفرقة •

(٢) المختصر النافع ص ١٩٨ وشرائع الاسلام ص ٢٠٩ ومن الهامش ص ٢٠٦ وجواهر الكلام جـ ٤ باب الطلاق •

(٣) البحر الزخار جـ ٣ ص ١٥٤ وممن قال بذلك من الزيدية الصـــادق والباقر والناصر •

(٤) نفس المرجع ص ١٥٤ •

(٥) الفتاوى لابن تيمية جـ ٣ ص ٢٦ وزاد المعاد جـ ٤ ص ٤٤ •

أولا - الكتـــاب :

قال تعالى : « يا أيها النبى اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن » (١)

وجه الاستدلال بهذه الآية : أن الله جل شأنه أمر فى هـــذه الآية بأن يكون الطلاق لعدة وهو الطـلاق المشروع . وذلك بأن تكون المرأة طـاهرا من الحيض والنفاس وأن يكون الطهر خاليـــا من المس . والأمر بالشىء نهى عن ضده فيكون الطلاق لغير العدة منهيا عنه والنهى عن الشىء لذاته أو لجزئه أو لوصفه اللازم يقتضى فساده فعلى هذا يكون الطلاق لغير العـدة فاسدا والفاسد لا يثبت حكمه لذا فانه لا يقع (٢) . وقد اعترض على هذا الدليل بأنا لو سلمنا أن النهى يقتضى الفساد فانا نقول ان هـــذا هو الأصل فى النهى . ولكن لا مانع من أن يرتب الشارع الحكم على ما نهى عنه فيثبت حكمه لترتيب الشارع اياه على المنهى عنـه ويكون مستثنى من القـــاعدة المذكورة وهنا - فى موضوعنا هذا - قد ثبت أن رتب الشارع الحكم وألزم المطلق فى الحيض طلاقه لما تقدم من رواية شعبة (٣) عن أنس بن سيرين عن ابن عمر فى القصة فقال عمر يا رسول الله أفتحتسب تلك التطليقة قال نعم . ورجاله الى شعبة ثقات . واذن فلا يقبل القول بما يخالف هذا من عدم وقوع الطلاق أصلا لأنه مخالف لأمر الشارع بترتيب الحكم على الطلاق فى الحيض وان كان منهيا عنه . ولا يفيد القول بأن الأصل فى الفاسد ألا يترتب عليه الحكم لانا نقول ان هذا استثناء من الأصل المذكور والحق أحق أن يتبع وماذا بعد الحق الا الضلال .

---

(١) الآية الأولى من سورة الطلاق .

(٢) شرائع الاسلام ص ٢٠٦ من الهـامش ونيـل الأوطـار ج ٦ ص ٢٢٦ .

(٣) فتح البارى ج ٩ ص ٢٨٣ .

ثانيا – السـنة :

١ – روى عن أبى الزبير (١) أنه قد سمع عبد الرحمن بن أيمن مولى عزة يسأل ابن عمر كيف ترى فى رجل طلق امرأته حائضا ؟ قال طلق عبدالله ابن عمر امرأته وهى حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : ان عبد الله بن عمر طلق امرأته وهى حائض · قال عبد الله بن عمر : « فردها على ولم يرها شيئا » ، وقال : « اذا طهرت فليطلق أو ليمسك » قال ابن عمر : وقرأ النبى صلى الله عليه وسلم : « يا أيها النبى اذا طلقتم النساء فطلقوهن فى قبل عدتهن » ·

وجه الاستدلال بهذا الحديث : ان قول ابن عمر فردها على ولم يرها شيئا · يدل على عدم وقوع الطلاق فى الحيض ·

واعترض على هذا الدليل بأمرين :

الأول : أن قول ابن عمر « فردها على ولم يرها شيئا » كـلام مجمل لا يصلح للاستدلال به على عدم الوقوع · لأن الرد هنا يستفاد منه عـدم البينونة اذ الرد والامساك يستعملان فى الرجعة التى تعقب الطلاق الرجعى فكأنه قال : ان امرأتك لم تبن منك وانها لازالت زوجتك اذن يكون المقصود

---

(١) مختصر سنن أبى داود جـ ٣ ص ٩٥ – ٩٧ وقد روى ابن حازم هـذا الحديث فى المحلى جـ ١٠ ص ١٦٥ و ١٦٦ وقال : « يكفى من هذا كله المسند البين الثابت الذى رويناه عن طـريق أبى داود السجستانى قال : حدثنـا أحمد بن صالح حدثنا عبد الرازق حدثنا ابن جريج أخبـرنا أبو الزبير أنه سمع عبد الرحمن بن أيمن مولى عزة يسأل ابن عمر قال أبو الزبير وأنا أسمع كيف ترى فى رجل طلق امرأته حائضا · الحديث » وكذلك رواه مسلم جـ ١٠ ص ٦٨ و ٦٩ والنسائى جـ ٢ ص ٩٤ الا أن روايتهمـا وردت بدون ذكـر جملة « ولم يرها شيئا » ·

بالرد هنا الرجعة عملا بقوله تعالى : « وبعولتهن أحق بردهن » (١) ٠

أما قوله ولم يرها شيئا فقد قال ابن عبد البر فى ذلك ٠ انه لم يرها شيئا مستقيما لكونها لم تقع على السنة (٢) كما يحتمل أن يكون المقصود من ذلك أنه لم يرها شيئا تحرم معه المراجعة أو لم يرها شيئا جائزا فى السنة وان كان لازما له (٣) وبهذا يكون الدليل غير صالح للاحتجاج به ٠

الأمر الثانى :

ان راويه ليس بحجة لأنه مشهور بالتدليس ٠ وفى ذلك يقول أبو داود فى سننه (٤) : ان هذا الحديث روى بروايات كلها على خلاف ما رواه أبو الزبير ٠

وقال الشافعى فيما نقله البيهقى (٥) : نافع أثبت فى روايته عن ابن عمر من أبى الزبير والأثبت من الحديثين أولى أن يؤخذ به عند المخالفة وقال الخطابى فى معالم السنن (٦) قال أهل الحديث : لم يرو أبو الزبير حديثا أنكر من هذا ٠ كما قال ابن عبد البر (٧) : حديث أبى الزبير منكر لم يقله غيره وهو ليس حجة فيما خالفه فيه مثله فكيف بمن هو أثبت منه من هذا كله يبين لنا أن هذا الدليل غير صالح للاحتجاج به على عدم الوقوع ٠

وقد أجاب الشوكانى عن هذا الاعتراض فقال (٨) : ان أبا الزبير غير

---

(١) الآية رقم ٢٢٨ من سورة البقرة ٠

(٢) سبل السلام جـ ٣ ص ٢٠٨ ٠

(٣) معالم السنن للخطابى على مختصر سنن أبى داود جـ ٣ ص ٩٦ و ٩٧ ٠

(٤) مختصر سنن أبى داود جـ ٣ ص ٩٥ و ٩٦ ٠

(٥) سنن البيهقى جـ ٧ ص ٣٢٧ ٠

(٦) معالم السنن جـ ٣ ص ٩٦ وسبل السلام جـ ٣ ص ٢٠٨ ٠

(٧) سبل السلام جـ ٣ ص ٢٠٨ ٠

(٨) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٢٥ و ٢٢٦ ٠

مدفوع فى الحفظ والعدالة وانما يخشى من تدليسه . فاذا قال سمعت أو حدثنى زال التدليس . وقد صرح هنا بالسماع . وليس فى الأحاديث الصحيحة ما يخالف حديث أبى الزبير حتى يصار الى الترجيح . ومما يؤيد رواية أبى الزبير ما أخرجه سعيد بن منصور من طريق عبد الله ابن ملك عن ابن عمر أنه طلق امرأته وهى حائض فقال النبى صلى الله عليه وسلم ليس ذلك بشىء فهذه الرواية فى معنى رواية ابى الزبير ولا عبرة باختلاف الألفاظ مادام المعنى متحدا (١) .

وقد أجيب عن قول الشوكانى بأنه ليس هناك من الأحاديث الصحيحة ما يخالف حديث أبى الزبير . بأن هذا القول غير مسلم . لأن هناك أحاديث صحيحة سلم بصحتها الشوكانى وغيره مثل « حديث حسبت على بتطليقة » ومثل « هى واحدة » ومثل حديث « مالى لا أعتد بها وان كنت عجزت واستحمقت » فهذه الروايات كلها تخالف رواية أبى الزبير . وقد قال ابن حجر فى فتح البارى (٢) عقب ذكر الروايات المتابعة لرواية أبى الزبير . وهذه متابعات قابلة للتأويل وهو أولى من الغاء الصريح فى قول ابن عمر انها حسبت عليه بتطليقة . وبهذا يبطل الاستدلال بهذا الدليل .

٢ ـ روى عن عائشة رضى الله عنها قالت : قال النبى صلى الله عليه وسلم : « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد » وفى رواية أخرى : « كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد » (٣) .

---

(١) وكذلك روى ابن حزم عن نافع عن ابن عمر أنه قال فى الرجل يطلق امرأته وهى حائض قال ابن عمر لا يعتد بذلك . يراجع المحلى ج ١٠ ص ١٦٣ وقد أجيب عن هذه الرواية بأن المقصود من قول ابن عمر « لا يعتد بذلك » أى أن المرأة لا تعتد بتلك الحيضة التى وقع فيها الطلاق كما روى ذلك عنه منصوصا حيث قال : يقع عليها الطلاق ولا تعتد بتلك الحيضة (يراجع فتح البارى ج ٩ ص ٢٨٣) .

(٢) فتح البارى ج ٩ ص ٢٨٤ .

(٣) زاد المعاد ج ٤ ص ٤٥ وتهذيب ابن القيم على مختصر سنن أبى داود ج ٣ ص ٩٩ ونيل الأوطار ج ٦ ص ٢٢٦ .

وجه الاستدلال بهذا الحديث ٠ أنه يدل على أن الطلاق لغير العـــدة عمل مخالف لأمر الله تعالى ورسوله لأنه منهى عنه فيكون مردودا ٠

ومن المعلوم أن المردود هو الباطل بعينه بل كونه مردودا أبلغ من كونه باطلا ٠ اذ الباطل قد يقال لما لا نفع فيه أو لما منفعته قليلة جدا كما قـد يقال لما قد ينتفع به ثم يبطل نفعه بخلاف المردود فان الشارع لم يجعله شـيئا ولم يرتب عليه مقصوده أصلا وبناء على هذا يكون المطلق لغير العدة التى أمر الله بها فى قوله تعالى : « فطلقوهن لعدتهن » قد أوقع طلاقا مخالفـا لأمر الشارع فيكون مردودا فلا يقع طلاقه ٠

وقد اعترض على هذا الدليل بأنا لو سلمنا بأن الضمير فى قوله فهـو رد عائد الى العمل فلا نسلم أن معنى كونه مردودا أنه باطل لا يترتب عليه أثره ٠ بل معناه أنه غير مقبول فلا يثاب عليه ٠ ولا يلزم من كونه غيـــر مثاب عليه أن يكون باطلا ٠ وعلى فرض التسليم بأن المراد من الرد هنـــا البطلان فلا نسلم أن هذا الحديث باق على عمومه لأن الطلاق الثلاث بكلمة عمل مخالف لأمر الشارع فلزم أن يكون مردودا وباطلا فلا يقع به شىء ومع هذا فقد قلتم بوقوعه واحدة فهذا دليل على أنكم أخرجتم الطـــلاق الثلاث من عموم هـذا الحديث ٠ وبهـــذا أصبح مخصصا فكذلك يجوز تخصيصه بحديث ابن عمر من رواية البخـارى الســالف ذكرها وبالأحاديث الأخرى الدالة على وقوع الطلاق فى الحيض وغيره يبطل الاحتجاج بهذا الدليل ٠

ثالثا - المعقـــول :

وقد استدل هذا الفريق بأدلة عقلية ٠

أولا : ان حل الزوجة لزوجها ثبت بنكاح متيقن ومن المعروف أن اليقين لا يزول بالشك ٠ والأدلة التى استدل بها الجمهور لا تدل بيقين على وقوع الطلاق فى الحيض لا سيما وانها معارضة بمثلها وبناء على هذا فلا يكون

الطلاق فى الحيض واقعا وتبقى الزوجية كما كانت قبل الطلاق (١) ٠

ويجاب عن هذا الدليل بأن الأدلة التفصيلية الدالة على وقوع الطلاق فى الحيض وان كانت ظنية الا أن الاجماع انعقد على وجوب العمل بالأدلة الظنية والاجماع دليل يقينى يثبت بذلك أن وقوع الطلاق فى الحيض يستند الى أدلة يجب العمل بمقتضاها وأما معارضتها بما ادعى أنه بمذهبها فغير مسلم ٠ حيث أثبتنا أن دليل الوقوع أرجح فى الثبوت من غيره فوجب العمل بمقتضاه للاجماع على العمل بالراجح ٠ وبهذا يبطل الاحتجاج بهذا الدليل٠

ثانيا : قياس الطلاق المنهى عنه على النكاح المنهى عنه بجامع عدم المشروعية فى كل منهما لان المعنى الذى من أجله لم يصح النكاح المنهى عنه ـ وهو النهى ـ موجود فى الطلاق فى الحيض فلزم بمقتضى هذه التسوية عدم صحة الطلاق المنهى عنه ٠ لأن المعروف من قواعد الشريعة أن النهى يقتضى التحريم فكذلك يقتضى الفساد اذا تعلق هذا النهى بتصرف من التصرفات وبناء على هذا فلا يقع الطلاق فى الحيض (٢) ٠

ويجاب عن هذا الاستدلال بأن النكاح الفاسد قد يترتب عليه أثره من لحوق الولد ووجوب المهر واذن فلا مانع أن نقول بحرمة التطليق فى الحيض وترتب أثره عليه كالنكاح الفاسد فلم يكن القياس الذى ذكرتموه دليلا يثبت المدعى على أنا قد قدمنا انه لا مانع من أن يكون الأصل فى النهى أن يقتضى الفساد وألا يترتب الحكم على الفاسد الا اذا نص الشارع على ترتب الحكم عليه فيكون مستثنى من الاصل هذا على أنه من الممكن لنا أن نمنع القياس من أصله لأنه قياس مع الفارق اذ الاحتياط فى الفروج يقتضى ألا تباح بالنكاح الفاسد ٠ كما لا يقتضى البقاء على حل الاستمتاع مع السبب الموجب لحرمته وهو الطلاق فى الحيض ٠ وبذلك لا يصح قياس الطلاق على النكاح

---

(١) زاد المعاد جـ ٤ ص ٤٤ ٠

(٢) زاد المعاد جـ ٤ ص ٤٥ وتهذيب ابن القيم على مختصر سنن أبى داود جـ ٣ ص ٩٦ و ٩٧ ٠

في أن كلا منهما لا يترتب عليه أثره • وكان الأولى اذا قيس عليه أن يقاس عليه في عدم اباحة الاستمتاع مع كل منهما وبهذا يبطل الاحتجاج بهذا الدليل •

رأينا في الطلاق البدعي من حيث الوقت :

نحن نرى – على ضوء ما سلف بيانه – أن الرأى الراجح هنا هو رأى جمهور الفقهاء لقوة أدلته – كما سبق بيانها – وضعف ما عداها من أدلة المخالفين • هذا بالاضافة الى أن القول بعدم الوقوع يؤدى الى تحكم المرأة في الطلاق وجعله بيدها لأن زمن الحيض والطهر لا يعلم الا من جهتها • وفى الغالب أن كل امرأة لا ترغب في الطلاق ولو كان السبب من جانبها • فاذا طلق الزوج زوجته فمن الممكن أن تدعى الزوجة أن الطلاق كان في وقت حيضها أو في طهرها الذى جومعت فيه • واذن فيلزم بناء على هذا ان كل زوج يريد تطليق زوجته أن يسأل قبل ذلك هل أنت طاهر أم حائض ثم اذا كانت طاهرا هل مسها في هذا الطهر أم لا وبذا فان الزوج قد يضطره الأمر الى تكرار ايقاع الطلاق اذا ادعت الزوجة عدم موافقة ذلك الطهر • وهكذا الى أن تقر الزوجة وتعترف بأن الطلاق كان في وقت طهرها وهذا يؤدى الى أن الزوج قد يعاشر زوجته معاشرة محرمة مع علمه بذلك • وهذا الأمر – على ما أعتقد – ينطوى على مفاسد تضر بالمجتمع لأنه يؤدى الى قيام الدعاوى الباطلة واجراء الأيمان الكاذبة • وعلى هذا يكون الضرر من وقوع الطلاق في الحيض كما يقول المخالف اقل من ضرر عدم الوقوع الذى يلحق الأسرة من جراء الكذب والتزوير •

الطلاق البدعي من حيث الوقت في القانون :

ان معظم قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية قد خلت من النص على وقوع الطلاق البدعي من حيث الوقت أو عدم وقوعه • والتطبيق القضائي في هذا الموضوع يسير على مذهب جمهور الفقهاء ومنهم الأحناف الذى يجرى

العمل القضائى طبقا للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى جمهورية مصر العربية على ما هو الراجح من مذهبهم ٠

ومشروع قانون الأحوال الشخصية المقترح قد أبقى الحكم فى هذا الموضوع على ما هو عليه – فى القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ – لتعذر اثبات ذلك قضائيا بل قد يصعب على الزوج نفسه معرفة وقت طهر الزوجة وحيضها لا سيما اذا كان بين الزوجين خلاف أدى الى بعد كل منهما عن الآخر فى المعيشة كأن تترك الزوجة منزل الزوجية لهذا الخلاف وتعيش مع أهلها حتى يقضى الله أمرا كان مفعولا اما بالعودة الى بيت الزوجية واما بطلاقها من زوجها ٠

القانون المغربى (١) :

نص هذا القانون فى الفصل (٤٧) على ما يأتى :

اذا أوقع الزوج الطلاق على المرأة وهى حائض أجبره القاضى على الرجعة ٠ وقد نص القانون المغربى على ذلك طبقا للمذهب المالكى لأن العمل عندهم يجرى طبقا لهذا المذهب ٠

أما قوانين الأحوال الشخصية المختصة بالشيعة الامامية فانها تجرى على خلاف هذا ٠ حيث نصت المادة (١٢١) من الفصول الشرعية المطبقة على فرق الشيعة الامامية فى لبنان على أن الزوجة التى قاربها الزوج وأتمت التاسعة من عمرها فأكثر ولم تبلغ حد الاياس لا يصح طلاقها الا وهى فى طهر لم يقربها فيه ٠ فلو طلقها حال الحيض والنفاس أو فى طهر المقاربة كان الطلاق فاسدا ٠

كما نصت المادة (٢٢٣) من الفصول الشرعية المعمول بها فى العراق بالنسبة للامامية على أن محل الطلاق المرأة الطاهرة من الحيض والنفاس المستبرأة بأن يطلقها فى طهر لم يواقعها فيه (٢) ٠

(١ ، ٢) رسالة الدكتور الصابونى ص ٤٦٦ و ٤٦٧ ٠

الفصل الثاني

المبحث الاول

فى تقييد الطلاق بواحدة رجعية

بينا فيما سبق أن الشارع الحكيم حينما شرع الطلاق جعله بيد الرجل الا أنه لم يترك له الحرية فى عدد الطلقات التى يملك ايقاعها على زوجته بل قيد هذه الملكية بثلاث (١) فقال جل شأنه : « الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » الى أن قال : « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » (٢) ٠

فهذا النص القرآنى قد بين عدد الطلاق المشروع الذى يجوز للمرء فيه أن يرتجع زوجته دون تجديد مهر وولى فيكون المقصود منه بيان الطلاق الرجعى

---

(١) اختلف الفقهاء فى اعتبار عدد الطلقات هل هو بالرجال أم بالنساء ٠ فالأحناف والزيدية يرون أن عدد الطلقات يعتبر بحسب حال النساء بمعنى أن الزوج الحر يملك على زوجته الحرة ثلاث طلقات فان كانت أمة ملك عليها طلقتين سواء أكان الزوج حرا أم عبدا عملا بقول النبى صلى الله عليه وسلم « طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان » (يراجع البدائع جـ ٣ ص ٩٧ ، والجصاص جـ ١ ص ٤٥٥ و ٤٥٧ والبحر الزخار جـ ٣ ص ١٧٢) وهو قول الثورى والحسن بن صالح ٠ أما الشافعية فيرون أن عدد الطلقات معتبر بحسب حال الرجل من الحرية والرق عملا بقول النبى صلى الله عليه وسلم « الطلاق بالرجال والعدة بالنساء » وهو قول عثمان وزيد بن ثابت وابن عباس وبه قال مالك وابن حنبل (يراجع الأم جـ ٥ ص ١٩٩ والجصاص جـ ١ ص ٤٥٦) وهذا الرأى على ما أعتقد هو الأقوى والأرجح لا سيما وان دليل الأحناف فى سنده مظاهر بن أسلم وقد ضعفه ابن عدى والذهبى والبخارى وقال فيه العقيلى انه منكر الحديث (يراجع نصب الراية جـ ٣ ص ٢٢٦) ٠

(٢) الآيتان ٢٢٩ و ٢٣٠ من سورة البقرة ٠

المفهوم من قوله تعالى : « وبعولتهن أحق بردهن » (١) يؤيد ذلك ذكر ما هو من فعل الرجل بقوله تعالى : « فامســـاك بمعروف » أى بالرجعـــة وحسن المعاشرة وعلى هذا فيكون الطلاق المشروع من حيث العـــدد هو ما كان على التفريق لا الارسال دفعة واحدة لأن الرجل لو طلق اثنتين معا لما جاز أن يقال طلقها مرتين اذ لم يرد بالمرتين التثنية بل التكرير كقوله تعالى : « ثم ارجع البصر كرتين » (٢) أى كرة بعد كرة وللفقهاء فى هذا الموضوع أقوال ثلاثة : **أولها** : أن الطلاق المشروع من حيث العدد والصفة ما كان واحدة رجعية ما لم تكن هذه الطلقة هى الأخيرة أو الزوجة غير مدخول بها · **وثانيها** : انه يجوز للزوج أن يوقع الطلقات الثـلاث مفرقة على اطهـار العدة · **وثالثهـا** : القول بجواز ارسال الثلاث دفعة واحدة فى طهر واحد اذ لا بدعة فى العدد على هذا القول ·

أولا - قول القائلين بالتقييد بواحدة رجعية :

ذهب الى هذا القول من الفقهـاء الجمهور والزيدية والامامية (٣) حيث يرون أن الطلاق المشروع فى العدد والصفة هو ما كان واحـدة رجعية ما لم تكن هذه الطلقة هى الثالثة أو الزوجة غير مدخول بها بشرط ألا تكون هـــذه الطلقة مسبوقة بطلقة دون أن تفصل بينهما رجعة وألا تكون متبوعة بأخرى حتى تنقضى عدتها فاذا راعى الزوج هذا القيد عند ايقاعه الطلاق على زوجتـه بأن طلقها واحدة رجعية وتركها حتى تنقضى عدتها كان طلاقه مشروعا أمـا

---

(١) الآية رقم ٢٢٨ من سورة البقرة ·

(٢) الآية رقم ٤ من سورة الملك ·

(٣) فتح القدير جـ ٣ ص ٢٣ والبدائع جـ ٣ ص ٨٨ ومواهب الجليل جـ ٤ ص ٣٩ والباجى جـ ٤ ص ٣ وكشاف القناع جـ ٣ ص ١٤٣ والمغنى جـ ٨ ص ٢٣٥ والبحر الزخار جـ ٣ ص ١٥٢ وشرائع الاسلام ص ٢٠٩ وهذا الرأى هو المختار عند الامام الشافعى حيث قال : « اختار للزوج ألا يطلق الا واحـــدة ليكون له الرجعة فى المدخول بها ويكون خاطبا فى غير المدخول بها · الا أنه قال : لا يحرم على الزوج أن يطلق اثنتين أو ثلاثا لأن الله تعالى أباح الطلاق وما أباح فليس بمحظور على أهله » يراجع الأم جـ ٥ ص ١٦٢ ·

اذا خالف هذا القيد بأن أوقع طلقة بائنة على المدخول بها (١) أو أوقع أكثر من واحدة فى طهر واحد كان طلاقه بدعيا وهذا القيد يظهر أثره فى كل زوجة ٠

وقد استدل أصحاب هذا القول بالكتاب والسنة والمعقول ٠

أولا ـ الكتـــــاب :

قال تعالى : « الطلاق مرتان » ٠

وجه الاستدلال بهذه الآية : انها تدل على الأمر بالتفريق والأمر بالشىء نهى عن ضده ٠ فلو طلق الزوج أكثر من واحدة فى طهر واحد لما جاز أن يقال طلق مرتين كما لو دفع شخص الى آخر جنيهين مرة واحـــدة فلا يصح أن يقال اعطاه مرتين حتى يعطيه ذلك على دفعتين ٠ وهذا النص وان كان ظاهره الخبر فان معناه الأمر لأن الحمل على ظاهره يؤدى الى الخلف فى خبـر من لا يحتمل خبره الخلف لأن الطلاق على سبيل الجمع قد يوجد كمن يوقع الثنتين أو الثلاث معا ٠ وقد يخرج اللفظ مخرج الخبر على ارادة الأمر كمـــا فى قوله تعـالى : « والمطلقـــات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » أى ليتربصن وقوله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن » أى ليرضعن ونحو ذلك فيصير المعنى كأن الله سبحانه وتعالى قال : طلقوهن مرتين اذا أردتم الطلاق ٠ وبهذا يثبت أن الطلاق المشروع من حيث العدد هو ما كان واحدة رجعية (٢) فان قيل ان هذا النص حجة عليكم لا لكم لأنه ذكر جنس الطلاق ٠ وجنس الطـــلاق ثلاث ٠ والثلاث اذا أوقعها الزوج على مرتين كان الواقع فى مرة طلقتين وهـــذا يدل على أن ايقاع الثنتين فى مرة طلاق مشروع من حيث العدد ٠ وبناء على هذا يكون دالا على الجمع دون التفريق ٠ وأجيب بأن هـذا النص يدل على الأمر

---

(١) أما غير المدخول بها فالواحدة تبينهـا لأن الرجعة انمـا تكون فى العدة ولا عدة عليها وعلى هذا فقيد الصفة لا يشملها وخالف ابن حزم فى ذلك حيث قال ان المطلقة قبل الدخول طلاقها مطلق من حيث الوقت والعـــدد ٠ يراجع المحلى ج ١٠ ص ١٦١ ٠

(٢) الجصاص ج ١ ص ٤٤٧ و ٤٤٨ والبدائع ج ٣ ص ٩٤ ٠

(٢) الجصاص ج ١ ص ٤٤٧ و ٤٤٨ والبدائع ج ٣ ص ٩٤ ٠

بتفريق الطلقتين من الثلاث لا بتفريق الثلاث لانه أمر بالرجعة عقيب الطلاق مرتين بقوله تعالى : « فامساك بمعروف » وهو الرجعة وتفريق الثلاث على مرتين لا يتعقب الرجعة • لذا فان الأمر بالتفريق فى الآية كان خاصا بتفريق الطلاقين من الثلاث لا بتفريق كل جنس الطلاق وهو الثلاث والأمر بتفريق طلقتين من الثلاث يكون نهيا عن الجمع بينهما (١) ومما يؤيد هذا ما جاء فى الطبرى (٢) عن عكرمة أنه قال : الطلاق مرتان بينهما رجعة فان بدا له أن يطلقها بعد هاتين فهى ثالثة وان طلقها ثلاثا فقد حرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره وبهذا يبطل الاعتراض على الدليل ويصبح صالحا للاستدلال به على انطلاق المشروع من حيث العدد •

ثانيا - السنة :

١ - روى عن محمود بن لبيد (٣) أنه قال : أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعا فقام غضبان ثم قال : « أيلعب بكتاب الله وانا بين أظهركم » حتى قام رجل فقال يا رسول الله ألا أقتله • أخرجه النسائى ورجاله ثقات •

وجه الاستدلال بهذا الحديث • انه يدل على أن ايقاع أكثر من واحدة بدعة فى العدد والصفة بدليل غضب النبى صلى الله عليه وسلم على من فعل ذلك لتعديه لحدود الله تعالى بمخالفته للطلاق المشروع من حيث العدد وبناء على هذا يكون ايقاع أكثر من واحدة بدعة • ومما يؤيد هذا ما أخرجه ابن أبى شيبة فى مصنفه عن وكيع عن سفيان عن مغيرة عن ابراهيم النخعى أن الصحابة رضى الله عنهم كانوا يستحبون ألا يزيدوا فى الطلاق على واحدة حتى تنقضى العدة (٤) •

---

(١) البدائع جـ ٣ ص ٩٤ و ٩٥ •

(٢) الطبرى جـ ٣ ص ٣٧٧ •

(٣) سنن النسائى جـ ٢ ص ٩٥ وسبل السلام جـ ٣ ص ٢١٢ والروض النضير جـ ٤ ص ١٠١ •

(٤) نصب الراية جـ ٣ ص ٢٢٠ •

وقد اعترض على هذا الدليل بأن محمود بن لبيد ولـد فى عهـد النبى صلى الله عليه وسلم ولم يثبت له منه سماع وان ذكره بعضهم فى الصحابة فلاجل الرؤية وقد ترجم له أحمد فى مسنده وأخرج له عدة أحاديث ليس فيها شىء صرح فيه بالسماع ٠ وقد قال النسائى بعد تخريجه : لا نعلم أحـدا رواه غير مخرمة بن بكير بن الأشج عن أبيه وقد قيل انه لم يسمع من أبيه (١) وعلى هذا فلا يصح الاحتجاج به ٠

أقول : أما القول بأن محمود بن لبيد لم يثبت له سماع فانه لا يضر لأن منتهى ما فيه أنه مرسل صحابى وهـو حجة على الصحيح ٠ وأما القول بأنه لم يرو الا من طريق مخرمة فهذا يجعله من الغريب وهو حجة اذا لم يعارض بما هو أقوى منه ٠ وأما كونه لم يسمع من أبيه ففضلا عن أنه قول لم يثبت فان القاعدة أن الثقة اذا صرح بالتحديث حمل على السماع ولذا قال ابن حجر (٢) : وعلى تقدير صحته فأقل أحواله أنه يدل على التحريم وبهذا الدليل صالحا للاحتجاج به ٠

٢ ـ روى نافع (٣) عن عبد الله بن عمر أنه طلق امرأته وهى حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر بن الخطاب رسول الله عن ذلك ؟ فقال صلى الله عليه وسلم : « مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء أمسك بعد ذلك وان شاء طلق قبل أن يمس فتلك يكون الدليل صالحا للاحتجاج به ٠

وجه الاستدلال بهذا الحديث أنه يدل على أن الطلاق المشروع من حيث العدد لا يكون أكثر من واحدة لأن النبى صلى الله عليه وسلم لما أمر ابن عمر أن لا يطلق فى الطهر الذى يلى الحيضة علم أنه ليس له أن يطلقهـا بعـد

---

(١) فتح البارى جـ ٩ ص ٢٨٩ و ٢٩٠ ٠
(٢) المرجع السابق ص ٢٩٠ ٠
(٣) سنن أبى داود جـ ٣ ص ٩٢ ٠

الطلقة الأولى حتى يستبرئها بحيضة ٠ وعلى هذا فلا يجوز للمطلق أن يوقع طلقتين فى قرء واحد لأن جمع الاثنتين أو الثلاث مخالف لهذا الأمر فيكون بدعة ٠ وقد جاء فى بعض روايات حديث ابن عمر أنه قال : ان كنت طلقتها ثلاثا فقد حرمت عليك وعصيت ربك فيما أمرك من طلاق امرأتك ٠ وجاء فى الاشراف لابن المنذر : قال أكثر أهل العلم الطلاق الذى يكون مطلقه مصيبا للسنة أن يطلقها اذا كانت مدخولا بها طلاقا يملك فيه الرجعة عملا بقوله تعالى : « لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا » (١) وبهذا يثبت أن الطلاق المشروع من حيث العدد والصفة هو ما كان واحدة رجعية (٢) ٠

ثالثا ـ المعقـــول :

وهو أن الأصل فى الطلاق الحظر لا الاباحة لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « أبغض الحلال الى الله الطلاق » وعلى هذا فلا يباح الا عند الحاجة الداعية اليه كعدم توافق الأخلاق وغير ذلك من الأسباب التى تستوجب الخلاص من الزوجة وهذه الحاجة يمكن سدها بواحدة رجعية ٠ وحينئذ يجرب الزوج نفسه فى فترة عدتها فان كان يستطيع الصبر عنها بحيث لا يميل قلبه اليها تركها تنقضى عدتها فتبين بهذه الطلقة كما تندفع حاجته بها ٠ فان لم يمكنه الصبر عنها لتغير الأحوال بأن انقلب بغضه لها الى حب وكراهيته لها الى مودة راجعها فى عدتها ٠ وبهذا يثبت أن الطلاق المشروع من حيث العدد والصفة هو ما كان واحدة رجعية اذ الزيادة عليها عبث يجب أن تصان عنه أعمال العقلاء (٣) ٠

---

(١) الجوهر النقى على سنن البيهقى جـ ٧ ص ٣٢٨ ٠
(٢) معالم السنن على مختصر سنن أبى داود جـ ٣ ص ٩٣ ٠
(٣) البدائع جـ ٣ ص ٩٥ ٠

ثانيا ـ قول القائلين بجواز تفريق الطلقات على الأطهار :

ذهب الى هذا القول من الفقهاء الاحناف والزيدية (١) حيث يرون انه يجوز للزوج أن يطلق زوجته المدخول بها واحدة رجعية (٢) عند استقبال كل طهر ومعنى ذلك أن يفرق الطلقات الثلاث على أطهار العدة • ولابد أن تكون الاطهار خالية عن الجماع فيها وفي حيض قبلها وعن طلاق فيه ـ أي في الحيض ـ لأن كلا منها يخرجه عن السنة فاذا انقضت العدة انتهت الطلقات الثلاث بانقضائها • وهذا النوع من الطلاق هو ما يسمى بالطلاق الحسن وهو أدنى مرتبة من الأحسن (٣) وبهذا قال الشافعية ـ وهو الأولى عندهم من الجمع (٤) ـ وأشهب من المالكية (٥) وقد استدل أصحاب هذا القول بالكتاب والسنة والمعقول •

---

(١) فتح القدير جـ ٣ ص ٢٣ و ٢٤ والبدائع جـ ٣ ص ٨٩ والبحر الزخار جـ ٣ ص ١٥٢ والتاج المذهب جـ ٢ ص ١٢٥ و ١٢٦ والروض النضير جـ ٤ ص ١٠١ •

(٢) فاذا كانت المرأة من ذوات الأشهر فرق الطلقات الثلاث على أشهر العدة بحدث يوقع في كل شهر طلقة • وكذلك الأمر اذا كانت المرأة حاملا فانه يجوز له أن يطلقها في كل شهر طلقة وبهذا قال أبو حنيفة وأبو يوسف وحجتهم في ذلك أن قوله تعالى : « الطلاق مرتان » شرع للثلاث متفرقات من غير فصل بين الحامل والحائل • وقال محمد لا يطلق الحامل للسنة الا طلقة واحدة وهو قول زفر وحجته في ذلك أن اباحة التفريق في الشرع متعلقة بتجدد فصول العدة ومدة الحمل كلها فصل واحد فلم يكن في معنى مورد الشرع (يراجع البدائع جـ ٣ ص ٩٠) •

(٣) طلاق السنة عند الأحناف ينقسم الى أحسن وحسن • فالأحسن الطلقة الرجعية في طهر ويتركها حتى تنقضي عدتها وهو أفضل من الحسن لأن الصحابة رضوان الله عليهم كانوا يستحبون ألا يزيدوا في الطلاق على واحدة ويتركها حتى تنقضي العدة وهذا أبعد من الندامة لأن الفرصة سانحة للزوج اذا أراد التدارك بالرجعة بخلاف الحسن •

(٤) شرح المنهاج لجلال الدين المحلي جـ ٣ ص ٣٤٩ •

(٥) مقدمات ابن رشد على المدونة جـ ٢ ص ٧٧ •

أولا - الكتـــــاب :

قال تعالى : « يا أيها النبى اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن » (١) .

وجه الاستدلال بهذه الآية . أنها تدل على جواز تفريق الطلقات الثلاث على أطهار العدة . لأن النبى صلى الله عليه وسلم فسر الطلاق للعدة بالثلاث فى ثلاثة اطهار . وقد أمر الله عز وجل فى هذه الآية بذلك وأدنى درجات الأمر الندب والمندوب اليه يكون حسنا وبناء على هذا يكون الطـــلاق المفرق على الاطهـار طلاقا حسنا (٢) ويؤيد ذلك ما روى عن معمر عن قتادة فى قوله تعالى : « فطلقوهن لعدتهن » قال اذا طهرت من الحيض فى غير جمـــاع قلت كيف ؟ قال اذا طهرت فطلقها من قبل أن تمسها فان بدا لك أن تطلقها أخرى تركتها حتى تحيض حيضة أخرى ثم طلقها اذا طهرت الثانية فاذا أردت تطليقها الثالثة أمهلتها حتى تحيض حيضة فاذا طهرت طلقها الثالثة ثم تعتد حيضة واحدة ثم تنكح ان شاءت (٣) وكذلك روى عن عبد الله بن مسعود أنه قال : طلاق السنة أن يطلقها فى كل طهر تطليقة فاذا كان آخر ذلك فتلك العدة التى أمر الله تعالى بها رواه الدارقطنى عن الأعمش عن أبى اسحق عن أبى الأحوص عن عبد الله (٤) وبهذا يثبت أن تفريق الطلقات الثلاث على أطهار العدة طلاق مشروع . وهو رأى الأحناف .

ثانيا - الســـنة :

روى الدارقطنى فى ســننه (٥) من حديث معلى بن منصور عن شعيب ابن رزيق أن عطاء الخراسانى حدثهم عن الحسن عن عبد الله بن عمر أنه طلق

---

(١) الآية الأولى من سورة الطلاق .
(٢) البدائع جـ ٣ ص ٨٩ و ٩٤ والجصاص جـ ٣ ص ٥٥٦ و ٥٥٧ .
(٣) الطبرى جـ ٢٨ ص ٨٤ .
(٤) القرطبى جـ ١٨ ص ١٥١ .
(٥) نصب الراية جـ ٣ ص ٢٢٠ وفتح القدير جـ ٣ ص ٢٣ و ٢٤ والبدائع جـ ٣ ص ٨٩ .

امرأته تطليقة وهى حائض ثم أراد أن يتبعها تطليقتين أخريين عند القرءين فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا ابن عمر ما هكذا أمرك الله • قد أخطأت السنة ، والسنة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء • فأمرنى فراجعتها فقال : اذا طهرت فطلق عند ذلك أو أمسك فقلت يا رسول الله أرأيت لو طلقتها ثلاثا أكان يحل لى أن أراجعها فقال : لا كانت تبين منك وتكون معصية •

وجه الاستدلال بهذا الحديث • أنه يدل على جواز تفريق الطلقات الثلاث على أطهار العدة وهو أن يطلقها عند استقبال كل الطهر طلقة رجعية ودليل ذلك قوله صلى الله عليه وسلم : « والسنة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء » •

وقد اعترض على هذا الدليل بأن فى اسناده معلى بن منصور وقد رماه أحمد بالكذب كما أن فى اسناده عطاء الخراسانى وقد قال البيهقى فيه أنه أتى فى هذا الحديث بزيادات لم يتابع عليها وهو ضعيف فى الحديث لا يقبل ما تفرد به وبناء على هذا يبطل الاستدلال به (١) •

وقد أجيب عن هذا الاعتراض بأن الطبرانى روى الحديث فى معجمه فقال (٢) : حدثنا على بن سعيد الرازى عن يحيى بن عثمان بن سعيد بن كثير ابن دينار الحمصى حدثنا أبى سعيد بن رزيق سندا ومتنا • وقد صرح الحسن بسماعه من ابن عمر وكذلك قال أبو حاتم وقيل لأبى زرعة الحسن لقى ابن عمر قال نعم وأما اعلاله بمعلى بن منصور فليس بذاك القوى كما ان الشوكانى قال (٣) قد شارك الخراسانى فى روايته كثير من الحفاظ

---

(١) نصب الراية جـ ٣ ص ٢٢٠ وقال فيه ابن حبان كان صالحا غير أنه كان ردىء الحفظ كثير الوهم فبطل الاحتجاج به وقال ابن حزم هذا الحديث فى غاية السقوط لأن عن رزيق بن شعيب أو شعيب بن رزيق الشامى وهو ضعيف • المحلى جـ ١٠ ص ١٧٠ •

(٢) نصب الراية جـ ٣ ص ٢٢٠ وفتح القدير جـ ٣ ص ٢٤ والروض النضير جـ ٤ ص ١٠١ •

(٣) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٩ و ٣٠ •

الا فى قوله « أرأيت لو طلقتها ثلاثا أكان يحل لى أن أراجعها » فان الخراسانى قد انفرد بهذه الزيادة وبذلك يتقوى الحديث بدون هـــذه الزيادة واستدلال الأحناف به انما هو فيما تضمنه الحديث دون تلك الزيادة وبناء على هـذا يكون صالحا للاستدلال به على مدعاهم ٠

ثالثا ـ المعقـــول :

استدل الأحناف بالمعقول وهو أن الأصل فى الطلاق الحظر وانمـا يباح عند الحاجة الداعية اليه والحاجة لخفائها لا تتحقق الا اذا وجد ما يدل عليهـا ودليلها الاقدام على الطلاق فى زمن تجدد الرغبة فى الزوجة وهـذا يكون فى الطهر الذى لم يحدث فيه مس وهكذا يكون الأمر فى كل طهـــر حتى تنتهى الطلقات الثلاث لأن الحاجة قد تكون ماسة لفراق الزوجة مفارقة نهائيةلرسوخ الأخلاق المتباينة وموجبات النفرة وحينئذ لا تكون هناك فائدة من مراجعتها وبناء على هذا يجوز للزوج أن يوقع الطلقات الثلاث مفرقة على الأطهار (١) ٠

رأينــا فى هذا القول :

والذى يبدو لى أنه لا فرق بين ايقاع الثلاث معـا فى طهر واحـد وبين تفريقها على الأطهار فى عدة واحدة لأن هذا ـ على ما أعتقد ـ يكون منافيا للغاية التى شرع لها الطلاق الرجعى فان مقتضاه أن يكون له الرجعة فى مدة العـدة كلها بحيث يكون فى كل هـــذه المدة مالكا لارجعـــة لقوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » الى قوله تعالى : « وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك ان أرادوا اصلاحا » واذن فالطلاق المشروع من حيث العـــدد وهو الطلاق الذى يكون فيه لكل طلقة عدة كاملة وهذا لا يتأتى فى تفـــريق الطلاق على الأطهار اذ فيه يكون لكل طلاق طهر واحد لا أطهار وهذا ينافى مقتضى السنة فى الطلاق الرجعى فتثبت البدعية فيه أيضا لمخالفته لمقتضى مشروعية الطلاق الرجعى ٠

---

(١) فتح القدير جـ ٣ ص ٢٤ والبدائع جـ ٣ ص ٨٩ ٠

القول الثالث ـ وهو القائل بعدم البدعية فى العدد :

ذهب الى هذا القول من الفقهاء الشافعية وابن حزم (١) فانهم يرون أنه يجوز للزوج أن يوقع الطلقات الثلاث على زوجته دفعة واحدة فى طهر لا جماع فيه لأن جمع الثلاث غير محرم اذ لا بدعة عندهم فى العدد وبناء على هذا يكون ايقاع الثلاث عندهم طلاقا مشروعا • وقد استدلوا لذلك بالكتاب والسنة •

أولا ـ الكتـــــاب :

قال تعالى : « الطلاق مرتان » الى قوله : « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » •

وجه الاستدلال • أن هذا النص القرآنى يدل باطلاقه على اباحة الطلاق من غير فصل بين الواحدة والاثنتين والثلاث مجتمعات أو متفرقات بلفظ واحد أو بألفاظ • وبناء على هذا يكون ايقاع الثلاث مشروعا لأن ما أباح الله فليس بمحظور على أهله (٢) •

وقد اعترض على هذا الدليل بأن الآية تضمنت الأمر بايقاع الاثنتين فى مرتين فمن أوقع الاثنتين فى مرة فهو مخالف لحكمها ومما يدل على ذلك قوله تعالى : « لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم » فان ظاهر هذه الآية يقتضى تحريم الثلاث لما فيها من تحريم ما أحل الله لنا من الطيبـات والدليـل على أن الزوجات قد تناولهن هذا العموم قوله تعالى : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء »(٣) فوجب بحق هذا العموم حظر الطلاق الموجب لتحريم المرأة على زوجها • هذا بالاضافة الى أن الله تعالى لم يبح الطلاق ابتداء لمن تجب عليها العدة الا مقرونا بذكر الرجعة فقال تعالى : « الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » (٤) وقال تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة

---

(١) الأم جـ ٥ ص ١٦٢ ـ ١٦٤ والمهذب جـ ٢ ص ٧٩ و ٨٠ ونهـــاية المحتاج جـ ٧ ص ٧ والمحلى جـ ١٠ ص ١٦١ و ١٧٤ •

(٢) البخارى بشرح الكرمانى جـ ١٩ ص ١٨٢ والأم جـ ٥ ص ١٦٢ •

(٣) الآية رقم ٣ من سورة النساء •

(٤) الآية رقم ٢٢٩ من سورة البقرة •

قروء » (١) وقال تعالى : « واذا طلقتهم النساء فبلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف » (٢) فهذه الآيات تدل على أن الشارع لم يبح الطلاق المبتدأ لذوات العدة الا مقرونا بذكر الرجعة وبناء على هذا يكون الطلاق المخالف لهذا المنهج الشرعى ليس مشروعا لقول النبى صلى اللى عليه وسلم « من أدخل فى أمرنا ما ليس منه فهو رد » . وأقل أحوال هذا اللفظ حظر خلاف ما تضمنته عذه الآيات من ارسال الثلاث دفعة واحدة أو متفرقات فى العدة وبهذا يبطل الاحتجاج بهذا الدليل (٣) .

ثانيا - السنة :

أولا : روى عن ابن شهاب (٤) أن سهل بن سعد الساعدى أخبره أن عويمر العجلانى لاعن امرأته فلما فرغا قال : كذبت عليها يا رسول الله أن أمسكتها فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره النبى صلى الله عليه وسلم . قال ابن شهاب فكانت تلك سنة المتلاعنين .

وجه الاستدلال : أن هذا الحديث يدل على أن وقوع الطلقات الثلاث مجموعة فى طهر واحد مشروع لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم ينكر على عويمر ذلك فدل على اباحته ولو كان ايقاع الثلاث محرما لما سكت النبى صلى الله عليه وسلم عن بيان ذلك فصح يقينا أنها سنة مباحة (٥) .

وقد اعترض على هذا الاستدلال بعدم صلاحيته للاحتجاج به على وقوع الثلاث مجتمعة فى طهر وذلك لأن عدم انكار الرسول عليه السلام على عويمر انما كان منشؤه أنه طلاق لم يصادف محلا لأن الزوجة قد حرمت عليه بمجرد اللعان فكان طلاقه لها لغوا لا اعتبار به فلا يستوجب الانكار ، هذا بالاضافة

---

(١) الآية رقم ٢٢٨ من سورة البقرة .
(٢) الآية رقم ٢٣١ من سورة البقرة .
(٣) الجصاص ج ١ ص ٤٤٩ .
(٤) فتح البارى ج ٩ ص ٣٦٠ وما بعدها والكرمانى ج ١٩ ص ١٨٣ و ١٨٤ ونيل الأوطار ج ٦ ص ٢٢٧ والمحلى ج ١٠ ص ١٧٠ .
(٥) حاشية عميرة ج ٣ ص ٣٤٩ .

الى أن مذهب الشافعى يقرر أن الفرقة باللعان تقع بلعان الزوج قبل ملاعنة الزوجة وبهذا تصير الزوجة أجنبية لخروجها عن محلية الطلاق فيكون طلاقه حينئذ كعدمه فلا يكون السكوت عنه تقريرا (١) وتحريم جمع الثلاث معا دل عليه الكتاب والسنة . من ذلك حديث محمود بن لبيد السابق ذكره والذى قال ابن حجر فيه : وعلى تقدير صحته فأقل أحواله أنه يدل على تحريم الثلاث مجموعة مع لزومها ودليل ذلك غضب النبى صلى الله عليه وسلم على من فعل ذلك وهل بعد غضب صاحب الشرع لا يكون هناك نهى عن الثلاث . ومما يؤيد ذلك ما جاء فى صحيح مسلم (٢) : ان ابن عمر قال لمطلق ثلاثا : « حرمت عليك حتى تنكح زوجا غيرك وعصيت ربك فيما أمرك به من طلاق امرأتك » فهذا تفسير من ابن عمر للطلاق المشروع وتفسير الصحابى حجة وقال الحكم هو عندنا مرفوع (٣) وبهذا يبطل الاحتجاج بهذا الحديث فلا يصلح لأن يكون حجة لهم على مدعاهم (٤) .

ثانيا : جاء فى صحيح مسلم (٥) عن فاطمة بنت قيس أن أبا عمرو ابن حفص طلقها البتة وهو غائب فجاءت الى رسول الله صلى الله عليهوسلم فذكرت له ذلك فقال ليس لك عليه نفقة .

وجه الاستدلال . أن هذا الحديث يدل على وقوع الثلاث مجتمعة ولم ينه النبى صلى الله عليه وسلم عن ذلك . حينما بلغه هذا الخبر فدل على أن وقوع الثلاث مشروع .

وقد اعترض على هذا الاستدلال . بأن الروايات التى وردت فىالحديث

---

(١) الجوهر النقى على سنن البيهقى جـ ٧ ص ٣٢٩ .
(٢) صحيح مسلم بشرح النووى جـ ١٠ ص ٦٢ .
(٣) زاد المعاد جـ ٤ ص ٥٢ .
(٤) الجصاص جـ ١ ص ٤٥٤ ، ٤٥٥ والروض النضير جـ ٤ ص ١٠٣
(٥) صحيح مسلم بشرح النووى جـ ١٠ ص ٩٤ و ٩٥ وجاء فى المحلى جـ ١٠ ص ١٧١ : وفى رواية قالت : فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال كم طلقت قلت ثلاثا .

متعارضة فقد روى الزهرى عن أبى سلمة هـذا الحديث ثم قال فيه انهـا ذكرت أنه طلقها آخر ثلاث تطليقات وفى رواية أخرى عنه أن زوجها أرسل اليها بتطليقة كانت بقيت لها من طلاقها فمن روى انه طلقها مطلقا أو طلقها واحدة أو طلقها ثلاث فهو ظاهر أن المقصود بذلك واحدة ومن روى أنه طلقها ثلاثا أراد بذلك تمام الثلاث (١) وعلى كل حال فان المطلق لم يكن حاضرا حتى ينهاه الرسول عن ذلك على تقدير انه أوقع الثلاث (٢) وبهـذا يصبح الدليل غير صالح للاستدلال به على جواز جمع الثلاث ٠

رأينا فى هذا الموضوع :

نحن نرى - على ضوء ما سلف بيانه - أن الرأى الراجح هنا هو رأى جمهور الفقهاء لأن الشارع حينما شرع الطلاق جعله واحدة رجعية فى طهر لا وقاع فيه ويتركها حتى تنقضى عدتها ٠ فقال تعـالى « الطـلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » وذلك لتكون هناك فرصة أمام الزوج لتدارك الأمر اذا أراد المراجعة عملا بقوله تعالى : « لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا » ولأن هذا أبعد من الندامة ومما يؤيد هـذا ما تقـدم من أن الصحابة رضـوان الله عليهم أجمعين كـانوا يستحبون ألا يزيدوا فى الطـلاق على واحـدة حتى تنقضى عدتهـا وحينئـذ اذا وجـد الزوج نفسـه مخطئا فى طـلاقه لزوجته لحـدوثه فى ثورة غضب جامحة أو لأن السبب الذى من أجله كان الطلاق لا يستوجبه أو زال السبب من أصله أو لأنه وجد نفسه محتاجا الى مطلقته لتعلقه بهـا راجعها حينئـذ ان كانت لازالت فى عدتها وان كانت قد انقضت راجعها بعقد ومهر جديدين وهذا الرأى - على ما أعتقد - هو الملائم لمصلحة الاسرة محافظة عليها من التفكك والزوال ٠ لما فيه من تضييق دائرة الطلاق ما أمكن - فهو الأولى بالاتباع لا سيما وأنه رأى الجمهور ٠

---

(١) صحيح مسلم جـ ١٠ ص ٨٠ و ٩٥ والمحلى ص ٨٠ و ١٧١ ٠
(٢) الجوهر النقى جـ ٧ ص ٣٢٩ ٠

هل يملك الزوج أن يجعل الطلاق الرجعى بائنا ؟ (١) :

وللاجابة على هذا السؤال نقول : اختلف الفقهاء فى ذلك على فريقين : فريق يرى أن هذه الصفة حق للزوج وعلى هذا فهو يستطيع أن يجعل من الطلاق الرجعى طلاقا بائنا لأن الشارع أثبت له حق المراجعة فمن حقه اسقاطه ككل الحقوق • أما الفريق الآخر فانه يرى أن هذه الصفة حق للشارع وعلى هذا فان الزوج لايستطيع أن يجعل الطلاق الرجعى بائنا •

---

(١) ينقسم الطلاق الى رجعى وبائن • والبائن ينقسم الى بائن بينونة صغرى وبائن بينونة كبرى • فالطلاق الرجعى هو الذى يملك الزوج فيه أن يراجع زوجته مادامت فى عدتها من غير حاجة الى عقد جديد سواء أرضيت أم لم ترض • وهذا هو الأصل فى الطلاق عملا بقوله تعالى : « وبعولتهن احق بردهن فى ذلك ان أرادوا اصلاحا » • وهكذا يكون فى المطلقة المدخول بها • أما الطلاق البائن بينونة صغرى • فهو الذى لا يستطيع الزوج بعده اعادة المطلقة الى المعاشرة الزوجية الا بعد عقد ومهر جـديدين سواء أكانت فى عدتها أم بعد انتهائها ولا خلاف بين الفقهاء فى أن الطلاق البائن بينونة صغرى هو ما كان قبل الدخول والطلاق الرجعى بعد انتهاء العدة ما لم يراجع الزوج زوجته فيها وما لم يكن هذا الطلاق هو آخر الطلقات التى يمتلكهـا الزوج • وكذلك الخلع على رأى جمهور الفقهاء فانه طلاق بائن خلافا لبعض المذاهب القائلة بأنه فسخ وبعضها القائل بأنه طلاق رجعى • وبناء على هذا فان المالكية والشافعية والزيدية يرون أن البـائن يكون قبل الدخول وفى مقابلة عوض والمكمل للثلاث • وأضاف الأحناف على ذلك الطلاق الموصوف بما يدل على البينونة كقول الزوج أنت طالق طلقة بائنة أو أننت طالق أسوأ الطلاق أو أنت طالق طلقة مثل الجبل (يراجع البحر الزخار جـ ٣ ص ١٥٥و٢٠٤ وبداهية المجتهد جـ ٢ ص ٦٠ والأم جـ ٥ ص ١٦٢ و ١٦٣ والبدائع جـ ٣ ص ١٠٥-١٠٧ وفتح القدير جـ ٣ ص ٧٨ الى ٨٠) وأما ابن حزم فانه يرى أن الطلاق البائن لا يكون الا فى موضعين لا ثالث لهما • أحدهما طلاق غير الموطوءة لقوله تعالى : « يا أيها الذين أمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها » والثانى طلاق الثـلاث مجموعة أو مفرقة • لقوله تعالى : « فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجـا غيره » (يراجع المحلى جـ ١٠ ص ٢١٦) وذهب الشيعة الامامية الى أن الطـلاق البائن هو طلاق التى لم يدخل بها أو اليـائسة ومن لم تبـلغ الحيض والمختلعة والمبارأة ما لم ترجعا فى البذل والمطلقة ثلاثا بينهمـا رجعتـان =

رأى الفريق القائل بأن للزوج أن يجعل الطلاق الرجعى بائنا :

يرى هذا الفريق من الفقهاء - وهم الأحناف (١) - أنه يجوز للزوج أن يجعل الطلاق الرجعى بائنا • لأنهم يرون أن الرجعة حق للزوج فله اسقاطها ككل الحقوق (٢) وحجتهم فى ذلك أن ابن ركانة طلق امرأته البتة ولم ينكر عليه النبى صلى الله عليه وسلم ايقاع الطلاق بهذا اللفظ والواقع بهذا اللفظ يكون بائنا • كما أن الطلاق قبل الدخول والخلع يقع بائنا ولا يكون مكروها (٣) •

=

(يراجع شرائع الاسلام ص ٢٠٩ والمختصر النافع ص ١٩٨) •

أما البائن بينونة كبرى فهو الطلاق الذى تنتهى به الطلقات الثلاث التى يمتلكها الزوج على زوجته وحينئذ لا يستطيع الزوج اعادة مطلقته الى المعاشرة الزوجية الا بعد أن تنكح زوجا غيره ثم يفارقها أو يموت عنها فاذا انتهت عدتها على كلتا الحالتين فلا جناح عليهما أن يتراجعا بعقد ومهر جديدين •

وقد نصت المادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على ما يأتى : « كل طلاق يقع رجعيا الا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال وما نص على كونه بائنا فى هذا القانون والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ وما نص على كونه بائنا فى هذا القانون الطلاق للشقاق والضرر مادة رقم (٦) والطلاق لغيبة الزوج مادة رقم (١٢) والطلاق لحبس الزوج مادة رقم (١٤) • وما نص على كونه بائنا فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ الطلاق بسبب العيب مادة رقم (١٠) •

وقد أشارت المذكرة الايضاحية الى أن الطلاق بسبب اللعان أو العنة أو اباء الزوج الاسلام عند اسلام زوجته يبقى الحكم فيه على مذهب أبى حنيفة الا أنها قد خلت من الاشارة الى الطلاق بسبب الايلاء • والظاهر من عدم النص عليه أنه يعتبر طلاقا رجعيا طبقا لمذهب المالكية والشافعية الذى أخذ به القانون مع أنه طلاق بائن عند الأحناف وما أشارت اليه المذكرة مخالف لعموم المادة الخامسة وقد جرى العمل على ذلك فى جمهورية مصر العربية وان كان من المعروف أن المذكرة الايضاحية ليس لها قوة نسخ القانون وابطاله الا أن مشروع القانون المقترح قد نص فى المادة رقم ١٣٤ على أن التفريق للعنة بنوعيها طلاق بائن •

(١) المبسوط ج ٦ ص ١٨ •
(٢) زاد المعاد ج ٤ ص ٥٣ •
(٣) المبسوط ج ٦ ص ١٨ •

وأجيب عن هذا بأن حديث ركانة تأول بأنه طلقها قبل الدخول والطلاق قبل الدخول يكون بائنا ٠ وقيل أنه أخر الانكـــار الى وقت آخر لعلمه أنه لفرط الغيظ لا يقبل منه الانكار فى ذلك الوقت ٠ أما الخلع فانه يحتاج الى ذلك لقطع الضرر عن المرأة ٠ أما الطلاق قبل الدخول فانه يقع بائنا اذ لا عدة على المطلقة وعلى هذا فان التى لم يدخل بها ليست نظير التى دخل بهـــا بدليل الايقاع فى الحيض (١) ومما يؤيد هذا ما قاله السرخسى (٢) : اذا طلق الرجل امرأته واحدة بائنة فقد أخطأ السنة والطلاق واقع عليها لأنه لا حاجة الى زيادة صفة البينونة اذ لا مقصود له فى ذلك سوى رد نظر الشرع له بقطع خيار الرجعة وسد باب التلافى على نفسه عند الندم ٠

رأى الفريق القائل بأنه ليس من حق الزوج أن يجعل الطلاق الرجعى بائنا :

يرى هذا الفريق من الفقهاء - وهم الجمهـور والظـــاهرية والـزيدية والامامية (٣) - أن صفة البينونة ليست حقـــا للزوج بل هى حق خالص للشارع والذى جعله الشارع حقا للزوج وملكه اياه هو المراجعة وعلى هـذا فله أن يراجع زوجته أو لا يراجعها عملا بقوله تعـالى : « الطـــلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » وبناء على هذا فلا يستطيع الزوج أن يجعل من الطلاق الرجعى طلاقا بائنا لأن هذا يعد قلبا لنظام الطلاق الذى جعله الشارع رجعيا مراعاة لمصلحة الأسرة اذ فى ذلك محافظة عليهـــا من الانهيار والى هذا يشير قوله تعالى : « لا تدرى لعل الله يحدث بعـد ذلك أمرا » لأن الحكمة التى من أجلها جعل الشارع الطلاق على التفريق فى قوله تعالى : « الطلاق مرتان » انما تنظر الى هذا حيث جعل الشـــارع للزوج فى كل مرة حق الامساك بمعروف أو التسريح باحسان (٤) وعلى هذا فانى أرى

(١ ، ٢) المبسوط جـ ٦ ص ١٨ ٠

(٣) المغنى جـ ٨ ص ٢٣٦ و ٢٣٧ والمحرر جـ ٢ ص ٥٥ والبحر الزخار جـ ٣ ص ٢٠٣ وشرائع الاسلام ص ٢٠٩ والمحلى جـ ١٠ ص ٢١٦ ٠ وقـــد قال بذلك من المالكية ابن وهب (يراجع زاد المعاد جـ ٤ ص ٥٤) ٠

(٤) وقد روى عن ابن مسعود رضى الله عنه أنه كان لا يرى طـلاقا بائنا الا فى خلع أو ايلاء وهـــو المحفوظ عنـــه (يراجع القرطبى جـ ٣ ص ١٣٥) ٠

أن رأى الجمهور هو الراجح اذ لا يجوز للمكلف أن يغير شرع الله تعالى لأن الرجعة نظام شرعه الله لتحقيق هدف معين وهو تدارك الزوج ما قد يندم عليه بعد الطلاق وتلافيه فهى اذن فسحة للزوج لا يجوز له أن يفوتها بمجرد ارادته ورغبته ٠

المبحث الثانى

فى الأثر المترتب على مخالفة قيد العدد والصفة

بينا فى المبحث السابق أن الراجح فى الطلاق المشروع من حيث العدد والصفة هو ما كان واحدة فى طهر لا وقاع فيه ٠ فاذا خالف الزوج هذا القيد بأن أوقع طلقة بائنة كان طلاقه بدعيا من حيث الصفة وكذلك الأمر اذا أوقع طلقتين أو ثلاثا فى طهر واحد كان طلاقه بدعيا من حيث العدد والصفة وقد اختلف الفقهاء فى القول بوقوع هذا الطلاق وعدم وقوعه على أربعة مذاهب :

الأول : يقضى بوقوع الطلاق كما أوقعه الزوج فمن طلق ثنتين أو ثلاثا بلفظ واحد أو بألفاظ متفرقة فى مجلس واحد أو فى مجالس دون أن يراجع بين كل طلقتين وقع طلاقه ٠ كما أوقعه الزوج وكما دل عليه لفظه ٠

الثانى : يقضى بوقوع واحدة رجعية مهما اقترن اللفظ بالعدد ٠

الثالث : يقضى بعدم الوقوع اذا زاد عن الواحدة لأنه بدعى والبدعى مردود ٠

الرابع : يقضى بالتفريق بين المدخول بها وغير المدخول بها ٠

أولا - مذهب القائلين بوقوع الطلاق الثلاث كما أوقعه الزوج :

يرى جمهور الفقهاء والظاهرية والزيدية (١) أن الزوج اذا خالف قيد

---

(١) فتح القدير جـ ٣ ص ٢٤ و ٨٣ وابن عابدين جـ ٢ ص ٤٥٤ والبدائع جـ ٣ ص ٩٤ والمقدمات على المدونة جـ ٢ ص ٧٦ ومنح الجليل جـ ٢ ص ١٠٢ ومواهب الجليل جـ ٤ ص ٣٩ والمغنى جـ ٨ ص ٢٤٣ وهذه الرواية عن الامام اختارها أبو بكر وأبو حفص والكشاف جـ ٣ ص ١٤٤ ، والروض النضير =

العدد والصفة بأن طلق زوجته طلقتين بمرة أو مرتين فى طهر واحد بأن قال لها : أنت طالق طلقتين فان نوى بهذا اللفظ ايقاع الثنتين وقع ما نواه بلا خلاف وان نوى بالثانية منهما الافهام والتأكيد لم يقع عليها الا واحـــدة وهذا فى المدخول بها (١) • أما اذا أوقع الثلاث فاما أن يكون بلفظ واحـــد - وهو الطلاق المقترن بالعدد - واما أن يكون بألفاظ وهو الطلاق المتتابع أو المتكرر **فالأول** : كأن يقول الزوج لزوجته : أنت طالق ثلاثا وحينئـــذ يقع الطلاق كما أوقعه الزوج وتلفظ به سواء أكانت الزوجة مدخولا بها أو غيـــر مدخول بها (٢) لأن الزوجة لم تطلق الا بمجموع اللفظ والتقييد هنا معتبـــر **والثانى** كأن يقول الزوج لزوجتـــه : أنت طالق أنت طالق أنت طالق مكررا للفظ الطلاق فى مجلس واحد • فان كانت الزوجة التى أوقع الطلاق المتتابع عليها مدخولا بها وقع عليها ثلاث طلقات وبذلك قال الأحناف (٣) وهو رأى جمهور الفقهاء والظاهرية (٤) الا أن الجمهور يرون أن الزوج اذا نوى بالثانية والثالثة الافهام والتأكيد قبل قوله وألزمته طلقة واحـــدة فقط • وان نوى الثلاث فثلاث • أما اذا كانت الزوجة غير مدخول بها ففى هذه الحالة تبين

= جـ ٤ ص ١٣٧ و ١٦٥ والبحر الزخار جـ ٣ ص ٢٠٣ الا أن من الجمهور من قال ان الطلاق الثلاث سنة اذ لا بدعة عندهم فى العدد وهو مذهب الشافعى وأبى ثور ورواية عن الامام أحمد اختـارها الخرقى وبذلك قال ابن حـزم (يراجع المهذب جـ ٢ ص ٧٩ و ٨٤ و ٨٥ ونهاية المحتاج جـ ٧ ص ٧ والمغنى جـ ٨ ص ٢٤٠ والمحلى جـ ١٠ ص ١٧٠ •

(١) المغنى جـ ٨ ص ٣٩٩ و ٤٠٠ والبحر الزخار جـ ٣ ص ٢٠٣ •

(٢) وللزيدية فى ذلك روايتان احداهما تنص على وقوع الطلاق الثلاث اذا كان اللفظ مقترنا بالعدد ثلاثا على غير المدخول بهـا وهى قول النـاصر والمؤيد بالله والامام يحيى • والثانية تنص على وقوع الثـلاث واحـدة اذ قوله ثلاثا منفصل فوقع واحدة بما قبله وبذلك قال الصادق والباقر والهادى والقاسم وجابر بن زيد وأحمد بن عيسى (يراجع البحر الزخار جـ ٣ ص ٢٠٤) •

(٣) ابن عابدين جـ ٢ ص ٤٩٣ •

(٤) مواهب الجليل جـ ٤ ص ٦٠ والخرشى جـ ٤ ص ٥٠ والمهذب جـ ٢ ص ٨٥ والمنهاج جـ ٣ ص ٣٣٧ والمغنى جـ ٢ ص ٣٩٩ و ٤٠٠ والمحلى جـ ١٠ ص ٧٤ •

بالأولى ولم تقع عليها الثانية والثالثة اذ لا عدة عليها لأنها أصبحت أجنبية بالطلقة الأولى ولا يملك الشخص أن يطلق أجنبيـة عنه (١) الا أن المالكيـة يرون (٢) أن الطلاق المتتابع من غير فصل بين الفاظه على غير المدخول بهـا يقع ثلاثا (٣) ان لم ينو التأكيد فان نواه قبل قوله ووقعت طلقة واحدة ٠

وقد استدلوا لذلك بالكتاب والسنة والاجماع والمعقول ٠

أولا ـ الكتـــاب :

قال تعالى : « فان طلقهـا فلا تحل له من بعـد حتى تنكح زوجـا غيره » (٤) ٠ وقال : « لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن » (٥) وقال : « وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين » (٦) ٠

وجه الاستدلال بهذه الآيات ٠ أن ظاهرها يدل على عدم التفريق بين ايقاع الواحدة والثنتين والثلاث لاطلاقها وبمقتضى هذا الاطلاق يقع الطلاق سواء أكان واحدا أم متعددا بلفظ واحد أم بألفاظ متعددة (٧) ٠

وقد اعترض على هذا الدليل بأن هذه عمومات مخصصة واطلاقات مقيدة بما ثبت من الأدلة الدالة على المنع من وقوع أكثر من واحـدة كحديث ركانة وسيأتي بيانه في هذا المبحث وبهذا يبطل الاستدلال به فلا يصلح لأن يكون حجة لهم (٨) ٠

---

(١) فتح القدير جـ ٣ ص ٨٣ ومجمع الأنهر جـ ١ ص ٤٠٠ والأم جـ ٥ ص ١٦٦ والمهذب جـ ٢ ص ٨٤ و ٨٥ والمغني جـ ٨ ص ٣٩٩ و ٤٠٠ والمحلى جـ ١٠ ص ١٧٤ والبحر الزخار جـ ٣ ص ٢٠٤ والتاج المذهب جـ ٢ ص ٢٠٠

(٢) الخرشي جـ ٤ ص ٥٠ والحطاب جـ ٤ ص ٦٠ ٠

(٣) وبذلك قال ربيعة بن أبي عبـد الرحمن وابن أبي ليلى والأوزاعي والليث (يراجع معالم السنن جـ ٣ ص ١٣٤) ٠

(٤) الآية رقم ٢٣٠ من سورة البقرة ٠

(٥) الآية رقم ٢٣٦ من سورة البقرة ٠

(٦) الآية رقم ٢٤١ من سورة البقرة ٠

(٧) سبل السلام جـ ٣ ص ٢١٤ ونيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٣٢ ٠

(٨) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٣٢ ٠

ثانيا - السـنة :

أولا - حديث ابن عمر رضى الله عنهما (١) :

عن الحسن قال : حدثنا عبد الله بن عمر أنه طلق امرأته تطليقة وهى حائض ثم أراد أن يتبعها بتطليقتين أخريين عند القرءين ، فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « يا ابن عمر ما هكذا أمرك الله تعالى . انك قد أخطأت السنة . والسنة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء » وقال : فأمرنى رسول الله فراجعتها ثم قال : اذا هى طهرت فطلق عند ذلك أو أمسك فقلت : يا رسول الله أرأيت لو طلقتها ثلاثا أكان يحل لى أن أراجعها ؟ قال : لا . كانت تبين منك وتكون معصية . رواه الدارقطنى .

وجه الاستدلال بهذا الحديث . أنه يدل على وقوع الثلاث اذا أوقعها الزوج لأن قول ابن عمر للنبى صلى الله عليه وسلم أرأيت ان طلقتها ثلاثا أكان يحل لى أن أراجعها . واجابة النبى صلى الله عليه وسلم عن هذا الاستفهام بقوله لا : كانت تبين منك وتكون معصية . يدل على أن الثلاث اذا أوقعها الزوج تقع ثلاثا لا واحدة والا لقال له تقع واحدة ولك أن تراجعها .

وقد اعترض على هذا الاستدلال بأن الحديث فى سنده . معلى ابن منصور وقد رماه أحمد بالكذب . وبذلك قال عبد الحق فى أحكامه . كما أن فى سنده عطاء الخراسانى وقد أتى بزيادات لم يتابع عليها وهو ضعيف فى الحديث وبذلك قال البيهقى . كما أن فى اسناده أيضا . شعيب ابن رزيق على رواية الطبرانى فى معجمه وهو ضعيف وبذلك قال ابن حزم (٢) وبهذا يبطل الاحتجاج بهذا الحديث فلا يكون حجة لهم .

---

(١) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٢٧ و ٢٢٨ ونصب الراية جـ ٣ ص ٢٢٠ والروض النضير جـ ٤ ص ١٠١ وفتح القدير جـ ٣ ص ٢٠ وكشاف القناع جـ ٣ ص ١٤٤ و ١٤٥ .

(٢) نصب الراية جـ ٣ ص ٢٢٠ والمحلى جـ ١٠ ص ١٧٠ .

ثانيا - حديث عبادة بن الصامت :

جاء فى نيل الأوطار (١) عن عبادة بن الصامت قال : طلق جدى امرأة له ألف تطليقة فانطلق الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فقال النبى صلى الله عليه وسلم ما اتقى الله جدك أما الثلاث فله وأما تسعمائة وسبع وتسعون عدوان وظلم ان شاء الله عذبه وان شاء غفر له .

وفى رواية أخرى : أن أباكم لم يتق الله فيجعل له مخرجا بانت منه بثلاث على غير السنة وتسعمائة وسبع وتسعون اثم فى عنقه (٢) .

وجه الاستدلال بهذا الحديث أنه يدل صراحة على أن الطلاق البدعى من حيث العدد اذا كان بلفظ الثلاث واقع لأن قول النبى صلى الله عليه وسلم . أما الثلاث فله وقوله أيضا : بانت منه بثلاث على غير السنة اخبار صريح بلزوم الثلاث لمن أوقعها . ولو كان الطلاق الثلاث يقع واحدة لحكم فى هذه الحادثة بمراجعة الزوجة . وبناء على هذا يكون الطلاق البدعى من حيث العدد واقعا اذا كان بلفظ الثلاث مجموعة .

وقد اعترض على هذا الاستدلال بعدم صحة الاحتجاج به لأن فى سنده يحيى بن العلاء وهو ضعيف . وفيه أيضا عبيد الله بن الوليد الوصافى وهو هالك . كما أن فيه ابراهيم بن عبيد بن عبادة بن الصامت وهو مجهول لا يعرف . ثم هو منكر لأنه لم يوجد فى شىء من الآثار أن والد عبادة رضى الله عنه أدرك الاسلام فكيف بجده (٣) ؟

وأى حجة فى ضعيف عن هالك عن مجهول .

---

(١) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٣٢ وفتح القدير جـ ٣ ص ٢٦ .
(٢) الروض النضير جـ ٤ ص ١٣٥ .
(٣) المحلى جـ ١٠ ص ١٦٩ ، ١٧٠ ونيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٣٢ والروض النضير جـ ٤ ص ١٤٠ وزاد المعاد جـ ٤ ص ٥٩ .

ثالثا - فتوى ابن عباس :

أخرج أبو داود بسند صحيح من طريق مجاهد (١) قال : كنت عنده أنه رادها اليه • ثم قال ينطلق احدكم فيركب الحموقة (٢) ثم يقول أنه ردها اليه • ثم قال ينطلق أحدكم فيركب الحموقة (٢) ثم يقول يا ابن عباس يا ابن عباس ان الله تعالى قال : « ومن اتق الله يجعل له مخرجا » وانك لم تتق الله فلا أجد لك مخرجا عصيت ربك وبانت منك امرأتك • وأخرج أبو داود له متابعات عن ابن عباس بنحوه •

وجه الاستدلال بهذه الفتوى انها تدل صراحة على وقوع الطلاق الثلاث متى أوقعه الزوج لأن قول ابن عباس لمن فعل ذلك : عصيت ربك وبانت منك امرأتك دليل على ذلك •

وقد اعترض على هذا الدليل بأنه معارض بما روى أبو داود عن ابن عباس قال : اذا قال أنت طالق ثلاثا بفم واحد فهى واحدة (٣) وهذا التعارض يدل على وجود روايتين عن ابن عباس احداهما توافق ما كان عليه العمل زمن النبى صلى الله عليه وسلم والثانية توافق ما كان عليه العمل زمن عمر ابن الخطاب وعلى هذا يكون الراجح هنا ما وافق العمل زمن النبى صلى الله عليه وسلم وبذلك يبطل الاستدلال بهذا الدليل •

رابعا - حديث ركانة :

جاء فى نيل الأوطار (٤) عن ركانة بن عبد الله أنه طلق امرأته سهيمة البته فأخبر النبى صلى الله عليه وسلم بذلك فقال : والله ما أردت الا

---

(١) مختصر سنن أبى داود جـ ٣ ص ١٢٣ وفتح البارى جـ ٩ ص ٢٩٠ والروض النضير جـ ٤ ص ١٣٧ وفتح القدير جـ ٣ ص ٢٥ •

(٢) الحموقة بفتح الحاء هى فعولة من الحمق • وحقيقة الحمق وضع الشىء فى غير موضعه مع العلم بقبحه •

(٣) الروض النضير جـ ٤ ص ١٣٩ ومختصر سنن أبى داود جـ٣ ص١٢٣ •

(٤) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٢٦ ، ٢٢٧ والروض النضير جـ ٤ ص ١٣٨ •

واحدة ٠ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : والله ما أردت الا واحدة ؟ قال ركانة : والله ما أردت الا واحدة ٠ فردها اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم وطلقها الثانية فى زمن عمر بن الخطاب والثالثة فى زمن عثمان رواه الشافعى وأبو داود والداراقطنى وقال : قال أبو داود هـذا حديث حسن صحيح ٠

وجه الاستدلال بهذا الحديث أنه يدل بظاهره على أن ركانة أراد بالبتة الواحدة ٠ فلو أراد بها الثلاث لوقعن والا لم يكن لتحليفه معنى فلو لم يفترق الحال لم يحلفه (١) ٠

وقد اعترض على هـذا الاستدلال بأن فى اسناده الزبير بن سـعيد الهاشمى وقد ضعفه غير واحـد ٠ وقيـل أنه متروك ٠ وذكر الترمذى عن البخارى أن هذا الحديث فيه اضطراب لأنه تارة يقال فيه ثلاثا وتارة يقال أنه أراد بالبتة الواحدة وأصحها أنه طلقها البتة وأن الثلاث ذكرت فيـه على المعنى ٠ وهو مع ضعفه مضطرب وعلى هذا فلا يصلح لأن يكون حجة على وقوع الثلاث فبطل الاحتجاج به (٢) ٠

خامسا ـ حديث عائشة :

جاء فى صحيح البخارى (٣) عن القاسم بن محمد عن عائشة أن رجلا طلق امرأته ثلاثا فتزوجت فطلقت ٠ فسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم أتحل للأول ؟ فقال : لا ٠ حتى يذوق عسيلتها كما ذاق الأول ٠

وجه الاستدلال بهذا الحديث أنه يدل على وقوع الطـلاق الثلاث سواء أكان بلفظ واحد أم بألفاظ لأن قول النبى صلى الله عليـه وسلم : لا حتى

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووى جـ ١٠ ص ٧١ وزاد المعاد جـ ٤ ص ٥٦ ٠

(٢) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٢٧ ٠

(٣) صحيح البخـارى بشرح الكرمانى جـ ١٩ ص ١٨٥ وزاد المعـاد جـ ٤ ص ٥٥ ٠

يذوق عسيلتها كما ذاق الأول . دليل قاطع على وقوع الثلاث والا لما منع النبى صلى الله عليه وسلم من حلها للأول (١) .

وقد اعترض على هذا الاستدلال بعدم صلاحيته للاحتجاج به اذ ليس فيه ما يدل على أن الثلاث التى أوقعها الزوج الأول كانت بلفظ واحد فى مجلس أو مجالس متفرقة وانه لم يفصل بين كل طلقة وأخرى بالمراجعة . بل يحتمل أنه طلقها ثلاثا على الوجه المشروع من الطلاق وهذا هو الظاهر - على ما يبدو لى - بدليل عدم انكار النبى صلى الله عليه وسلم ذلك الفعل . والدليل اذا تطرق اليه الاحتمال سقط الاستدلال به (٢) .

سادسا : ومن أدلة الجمهور أيضا : حديث محمود بن لبيد . وحديث عويمر العجلانى وحديث فاطمة بنت قيس . وقد سبق بيان هذه الأحاديث فى المبحث الأول من هذا الفصل فلا داعى لاعادة ذكرها هنا تحاشيا من التكرار .

ثالثا - الاجماع :

يرى الجمهور أن الاجماع على وقوع الطلاق الثلاث قد انعقد فى عهد عمر بن الخطاب رضى الله عنه واستمر حتى عصرنا هذا . وكل من خالف ذلك فلا عبرة بخلافه (٣) وبناء على هذا يكون الاجماع دليلا على وقوع الطلاق الثلاث مجتمعة .

وقد اعترض على هذا الاستدلال بأن الاجماع على وقوع الثلاث لم يتحقق لأن الخلاف بين الصحابة كان ثابتا فى هذا الموضوع . ومما يؤيد ذلك قول ابن حجر (٤) تعليقا على ما جاء فى صحيح البخارى باب من جوز الطلاق

---

(١) زاد المعاد جـ ٤ ص ٥٥ .

(٢) زاد المعاد جـ ٤ ص ٥٩ .

(٣) فتح القدير جـ ٣ ص ٢٦ والمغنى جـ ٨ ص ٢٤٢ وفتح البارى جـ ٩ ص ٢٩٢ .

(٤) فتح البارى جـ ٩ ص ٢٨٩ .

الثلاث قال : وفى الترجمة اشارة الى أن من السلف من لم يجز وقوع الثلاث ثم قال أيضا : ويتعجب من ابن التين حيث جزم بأن لزوم الثلاث لا اختلاف فيه من ثبوت الاختلاف كما ترى (١) ٠

رابعا ـ المعقول :

وهو أن الشارع الحكيم حينما شرع الطلاق جعله حقا للزوج وملكه ثلاث تطليقات متفرقات بحيث يفصل بين كل تطليقتين برجعة تيسيرا على الزوج وتوسعة له لعل المصلحة تكون فى الامساك بعد الطلاق ٠ فان هو طلق ثلاثا بلفظ واحد أو بألفاظ فى عدة واحدة يكون حينئذ قد أسقط حقه الذى منحه الشارع اياه فى التيسير على نفسه وضيق عليها بأن أوقع الثلاث فيلزمه حينئذ ما أوقعه (٢) ٠

وقد اعترض على هذا الاستدلال بعدم صلاحيته للاحتجاج به على وقوع الثلاث دفعة واحدة لأن الحق الذى ملكه الشارع للزوج انما هو ايقاع الطلقات الثلاث على التفريق فلا يجوز للزوج مخالفة ذلك لأن هذا الحق لا يجوز للزوج أن يتنازل عنه لما فيه من حق الله تعالى وهو أمره بأن يكون على الوجه المشروع واقدام الزوج على غير المشروع يترتب عليه ضياع كثير من الحقوق المتعلقة بالزوجة كما أنه سيصيب الأسرة والمجتمع بأضرار ٠ هذا بالاضافة الى ما يترتب على ذلك من تغيير ما شرع الله ٠ أما فعل عمر من ايقاع الثلاث فانما كان تعزيرا منه وتأديبا حسب تقديره للمصلحة العامة آنذاك وهو يملك ذلك بما له من الولاية العامة ومثل هذا يكون موقوتا بوقت الضرورة التى دعت اليه فلا يصح أن يكون تشريعا دائما ٠

---

(١) فتح البارى ج ٩ ص ٢٩٠ ٠
(٢) الروض النضير ج ٤ ص ١٣٨ ٠

ثانيا ـ مذهب القائلين بالوقوع واحدة رجعية :

ذهب الشيعة الامامية وبعض الزيدية (١) الى القول بوقوع الطلاق الثلاث واحدة سواء أوقعه الزوج بلفظ أم بألفاظ ٠

فالأول ـ كأن يقول لزوجته : **أنت طالق ثلاثا** ـ **وفى هذا** يقول صاحب التاج المذهب (٢) فالمذهب انها واحدة ولأن فى ذلك اعمال للرخصة الشرعية والرفق المقصود من قوله تعالى : « لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا » ولأن الحق أحق بالاتباع والتيسير خير من التنفير والائتلاف خير من الاختلاف وقد أجمع الصحابة الى السنة الثانية من خلافة عمر ان الثلاث بلفظ واحد واحدة ولم ينقض هذا الاجماع بخلافه بل لايزال فى الأمة من يفتى ويعمل به قرنا بعد قرن الى يومنا هذا ٠ وقد حكى الامام عليه السلام ذلك عن أبى موسى وهو رواية عن على عليه السلام وابن عباس وطاوس وعطاء وجابربن زيد والامام الهادى والقاسم والباقر والناصر والصادق وأحمد بن عيسى وعبد الله ابن موسى ورواية عن زيد بن على (٣) ٠

والثانى ـ كأن يقول الزوج لزوجته : أنت طالق أنت طالق أنت طالق فلا يقع عليها الا واحدة سواء أكانت مدخولا بها أم لا فى مجلس واحد أم فى مجالس وبذلك قال الامام الهادى وأحد قولى الناصر لأن الطلاق لا يتبع الطلاق حتى يتخلله رجعة أو عقد وبناء على هذا فمن ثلث أو ثنى بلفظ أو بألفاظ لم يقع الا واحدة وهو المختار للمذهب (٤) وعلى هذا النهج سار صاحب جواهر الكلام حيث قال (٥) : ان من فسر الطلاق باثنتين أو ثلاث وقع واحدة بقوله :

---

(١) أصل الشيعة وأصولها ص ١٩٦ ، ١٩٧ وجواهر الكلام جـ ٤ باب الطلاق والبحر الزخار جـ ٣ ص ١٧٤ ، ١٧٥ والتاج المذهب جـ ٢ ص ١٩٩ ٠
(٢) التاج المذهب جـ ٢ ص ١٩٩ ، ٢٠٠ ٠
(٣) التاج المذهب جـ ٢ ص ١٩٩ ٠
(٤) التاج المذهب جـ ٢ ص ٢٠٠ ٠
(٥) جواهر الكلام جـ ٤ باب الطلاق ٠

أنت طالق ويلغو التفسير وهو أشهر الروايتين عندهم وكذلك الأمر فيمن كرر الصيغة مرتين أو ثلاثا قاصدا التعدد والطلاق فلا خلاف فى وقوع الواحدة ٠ والى هذا ذهب ابن القيم وابن تيمية (١) ٠

ولقد جنح الى ترجيح هذا المذهب النيسابورى فى حاشيته حيث قال (٢): ان هـــذا القول هو اختيـــار كثيـــر من علمـــاء الـــدين وانه الأقيس لأن النهى يدل على اشتمال المنهى عنه على مفسدة راجحة والقول بوقوع الثـلاث سعى لادخال تلك المفسدة فى الوجود وانه غيـــر جائز فوجب القول بوقوع الثلاث واحدة ٠ ويقول ابن رشد فى سياق كلامه على الطلاق الثلاث (٣) : « وكأن الجمهور غلبوا حكم التغليظ فى الطـلاق سدا للذريعة ٠ ولـكن تبطل الرخصة الشرعية والرفق المقصود فى ذلك أعنى فى قوله تعالى : « لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا » ٠

أقول : وانى أرى أن هذه العبارة فيها ظل خفيف يدل على ميل ابن رشد الى القول بوقوع الثلاث واحدة ٠

وقد استدلوا لذلك بالكتاب والسنة والمعقول ٠

أولا ـ الكتـــــاب :

قال تعالى : « الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » ٠

وجه الاستدلال بهذه الآية انها تدل على أن التطليق الشرعى المأمور به هو ما كان تطليقة بعد تطليقة على التفريق دون الجمع والارسال دفعة واحدة فهى اذن بيان وتعليم لكيفية ايقاع الطلاق ثم خيرهم بعد الايقاع بين الامساك بالمعروف وهو الرجعة وبين التسريح باحسان (٤) وبهذا يثبت أن الطـلاق

---

(١) فتاوى ابن تيمية جـ ٣ ص ١٧ والتاج المذهب جـ ٢ ص ١٩٩ ٠
(٢) النيسابورى على الطبرى جـ ٢ ص ٣٦١ ٠
(٣) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٦١ ٠
(٤) الروض النضير جـ ٤ ص ١٣٨ ، ١٣٩ ٠

الثلاث مجتمعة غير مشروع وحيث كان غير مشروع يقع واحدة رجعية لأنها هى المشروعة ٠

وقد يناقش هذا بأنه متى سلموا أنه غير مشروع وجب أن يقولوا بعدم وقوع شيء به والدليل الذى استدلوا به لا ينتج الا عدم المشروعية وهو محتمل بعد ذلك عدم وقوع شيء أصلا فلا يصلح للاحتجاج به على وقوع الواحدة ٠

ثانيا ـ السنة :

جاء فى سنن البيهقى (١) عن داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس قال : طلق ركانة امرأته ثلاثا فى مجلس واحد فحزن عليها حزنا شديدا فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم : كيف طلقتها ؟ قال : ثلاثا فقال فى مجلس واحد ٠ قال : نعم ٠ قال : فانما تلك واحدة فأرجعها ان شئت فراجعها فكان ابن عباس رضى الله عنهما يرى انما الطلاق عند كل طهر فتلك السنة التى كان عليها الناس والتى أمر الله بها فى قوله : « فطلقوهن لعدتهن » ٠

وقال ابن حجر فى فتح البارى(٢) بعد أن ذكر الحديث أخرجه أحمد وأبو يعلى وصححه من طريق محمد بن اسحاق وهذا الحديث نص فى المسألة لا يقبل التأويل الذى فى غيره من الروايات ٠

وجه الاستدلال بهذا الحديث ٠ أنه يدل بظاهره على أن الثلاث فى مجلس واحد تقع واحدة رجعية لأن قول النبى صلى الله عليه وسلم لركانة فانما تلك واحدة ٠ فأرجعها ان شئت دليل قاطع على ذلك ٠ وبهذا يثبت أن الطلقات الثلاث تقع واحدة وقد اعترض على هذا الدليل بأمور :

أولا : قيل أن فى اسناده محمد بن اسحاق وهو مختلف فيه وبناء على هذا فلا يصح الاحتجاج به ٠

---

(١) سنن البيهقى جـ ٧ ص ٣٣٩ وسبل السلام جـ ٣ ص ٢١٣ ونيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٣٢ والروض النضير جـ ٤ ص ١٣٩ ٠
(٢) فتح البارى جـ ٩ ص ٢٩٠ ٠

وأجيب عن هذا الاعتراض بأن الحاكم قـــد أخرجه فى مستدركه وقال اسناده صحيح كما أن محمـد بن اسحاق انمـــا لم يتهم الا بالتدليس فاذا صرح بالتحديث زال التدليس (١) هذا بالاضافة الى أنهم قد احتجوا بمثـل هذا الاسناد فى عدة من الأحكام كحديث أن النبى صلى الله عليه وسلم رد على أبى العاص بن الربيع زينب ابنته بالنكاح الأول وليس كل مختلف فيـه مردودا (٢) ٠

ثانيا : قيل ان هذا الحديث معارض بفتوى ابن عباس بوقوع الثـــلاث كما جاء فى رواية مجاهد وغيره ٠ فلا يظن بابن عباس أن يكون عنده هـــذا الحكم عن النبى صلى الله عليه وسلم ثم يفتى بخلافه الا بمرجح ظهر له ٠

وأجيب عن هذا بأن الاعتبار برواية الراوى لا برأيه لما يتطرق الى الرأى من احتمال النسيان وغير ذلك ٠ وأما كونه قـــد تمسك بمرجح فى فتواه فلم ينحصر هذا المرجح فى المرفوع لاحتمال التمسك بتخصيص أو تقييد أو تأويل وليس قول مجتهد حجة على مجتهد آخر ٠

ثالثا : قيل انه مذهب شاذ فلا يعمل به ٠

وأجيب بأن هذا المذهب نقل عن على وابن مسعود وعبد الرحمن بن عوف والزبير ونقله ابن المنذر عن أصحاب ابن عباس كعطاء وطاوس وعمرو بن دينار ٠ ونقل الفتوى ذلك عن مشـــايخ قرطبة كمحمـــد بن بقى بن مخـــد ومحمـــد ابن عبد السلام الخشنى (٣) ٠

رابعا : قيل ان أبا داود رجح أن ركانة انما طلق امرأته البتة ٠

أجيب عن هذا بأنه يمكن أن يكون من روى ثلاثا حمل البتة على معنى الثـلاث ٠ والحديث نص فى محل النـزاع فيجب المصير اليه (٤) وبهـذا

---

(١) الروض النضير جـ ٤ ص ١٣٩ ٠
(٢) فتح البارى جـ ٩ ص ١٩٠ ٠
(٣) فتح البارى جـ ٩ ص ٢٩٠ ونيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٣٢ ، ٢٣٣ ٠
(٤) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٣٣ ٠

يصبح الدليل صالحا للاحتجاج به على وقوع الثلاث واحدة ٠

ثانيا ـ حديث ابن عباس :

جاء فى صحيح مسلم (١) عن ابن طاوس عن أبيه عن ابن عباس قال : كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة فقال عمر بن الخطاب : ان الناس قد استعجلوا فى أمر كانت لهم فيه أناة (٢) فلو أمضيناه عليهم ٠

وجاء فى رواية أخرى عن ابن طاوس عن أبيه (٣) أن أبا الصهباء قال لابن عباس : أتعلم انما كانت الثلاث تجعل واحدة على عهد النبى صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وثلاثا من امارة عمر فقال ابن عباس : نعم ٠

وجاء فى رواية أخرى عن طاوس (٤) ان أبا الصهباء قال لابن عباس هات من هناتك (٥) ألم يكن الطلاق الثلاث على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر واحدة فقال : قد كان ذلك فلما كان فى عهد عمر تتابع (٦) الناس فى الطلاق فأجازه عليهم ٠

وجه الاستدلال بهذا الحديث أنه يدل على أن الطلاق الثلاث يقع واحدة

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووى جـ ١٠ ص ٦٩ ـ ٧٠ وسبل السلام جـ ٣ ص ٢٠٩ ٠

(٢) (أناة) بفتح الهمزة أى مهلة وبقية استمتاع لانتظار المراجعة ٠

(٣) صحيح مسلم بشرح النووى جـ ١٠ ص ٧١ والنسائى جـ ٢ ص ٩٦ ومختصر سنن أبى داود جـ ٣ ص ١٢٤ ، ١٢٥ وسنن البيهقى جـ ٧ ص ٣٣٦ ٠

(٤) صحيح مسلم بشرح النووى جـ ١٠ ص ٧١ ، ٧٢ وسنن البيهقى جـ ٧ ص ٣٣٦ ٠

(٥) هناتك المراد منها أخبارك وأمورك المستغربة ٠

(٦)تتايع الناس فى الطلاق هذه هى رواية الجمهور وبعضهم قال تتابع الناس فى الطلاق وهما بمعنى واحد ٠ أى أكثروا منه وأسرعوا اليه الا أن لفظ تتايع بالياء يستعمل فى الشر بخلاف تتابع فانه يستعمل فى الخير والشر فلفظ التتايع هنا أجود ٠

وبهذا كان العمل فى عهد النبى صلى الله عليـــه وسلم ٠ أما امضاء عمـر الثلاث فهو اجتهاد فى مقابلة النص ولا اجتهاد مع النص وبهـــذا يثبت أن الطلاق الثلاث يقع واحدة ٠

وقد اعترض على هذا الاستدلال بعدة أمور :

أولا : قيل ان هذا الحديث فيه اضطراب فى اللفظ وظاهر سياقه يقتضى النقل عن جميع أهل ذلك العصر وان معظمهم كانوا يرون ذلك والعادة تقتضى فى مثل هذا الحكم أن يظهر وينتشر فكيف ينفرد به واحد عن واحد ٠ وهذا الانفراد يقتضى التوقف عن العمل بظاهره ان لم يقتض الحكم ببطلانه (١) وبناء على هذا يبطل الاحتجاج به ٠

وأجيب بأن انفراد ابن عباس برواية هذا الحديث لا يضر لا سيما وانه بحر هذه الأمة وكم من سنة انفرد بهـا راو ٠ وفى ذلك يقـــول بعض رجال الحديث ان الزهرى قد انفرد برواية نحو ستين حديثا وبهذا يبطل الاعتراض ويصبح الدليل صالحا للاحتجاج به (٢) ٠

ثانيا : قيل ان هذا الحديث لم يروه عن ابن عبـاس الا طاوس ٠ وقال ابن عبد البر فى ذلك : ورواية طاوس وهم وغلط ولم يعرج عليهـــا أحـد من فقهاء الأمصار بالحجاز والشام والعراق (٣) وبناء على هذا تكون هذه الرواية شاذة لأن كل أصحاب ابن عباس نقلوا عنـــه القول بالوقوع ثلاثا لذلك قال ابن انذر أنه لا يظن بابن عباس أن يحفظ عن النبى صلى الله عليــه وسلم شيئا ثم يفتى بخلافه وبهذا يبطل الاحتجاج بالحديث (٤) ٠

وأجيب عن هذا ـ **أولا :** بأن الرواية عن ابن طاوس بذلك صحيحة فقد رواه عنه الأئمة معمـر وابن جريج وغيـرهما وابن طـاوس امام وبذلك قال

---

(١) فتح البارى جـ ٩ ص ٢٩٢ ٠
(٢) سبل السلام جـ ٣ ص ٢١٠ ونيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٣٣ ، ٢٣٤ ٠
(٣) القرطبى جـ ٣ ص ١٢٩ ٠
(٤) فتح البارى جـ ٩ ص ٢٩١ ٠

الباجى (١) وأيضا قال ابن حجر (٢) ان طاوسا ثقة حافظ فقيه فلا يضره تفرده وبهذا يندفع شذوذ طاوس بتفرده بتلك الرواية ·

وأما القول بأن كل أصحاب ابن عباس نقلوا عنه القول بالوقوع ثلاثا فانما نقلوا عنه رأيه وطاوس انما نقل عنه روايته فلا مخالفة اذن · والرواية مقدمة على الرأى فاندفع الاعتراض ·

وأما القول بأنه لا يظن بابن عباس أن يحفظ عن النبى صلى الله عليه وسلم شيئا ويفتى بخلافه · فيجاب عنه بأن الاحتمالات المسوغة لترك الرواية والعدول الى الرأى كثيرة منها النسيان ومنها قيام دليل عند الراوى لم يبلغنا ونحن متعبدون بما بلغنا دون ما لم يبلغ (٣) وبهذا يبطل الاعتراض ويكون الدليل صالحا للاحتجاج به ·

ثالثا : قيل ان هذا الحديث ليس فيه دليل على أن النبى صلى الله عليه وسلم هو الذى جعلها واحدة كما أنه ليس فيه أيضا ما يدل على أن النبى صلى الله عليه وسلم علم بذلك فأقره ولا حجة الا فيما قاله رسول الله أو فعله أو علمه فلم ينكره (٤) وبهذا يبطل الاحتجاج بالدليل ·

وأجيب عن هذا بأن قول الصحابى : كنا نفعل كذا فى عهد رسول الله عليه السلام فى حكم المرفوع على الراجح حملا على أنه اطلع على ذلك فأقره لتوفر دواعيهم على السؤال عن جليل الأحكام وحقيرها (٥) وبهذا يبطل الاعتراض المدعى ·

---

(١) الموطأ بشرح الباجى ج ٤ ص ٤ ·

(٢) جاء فى باب الخلع أن طاوسا روى عن ابن عباس ان الخلع فسخ وقد ادعى ابن عبد البر شذوذ تلك الرواية عن ابن عباس اذ لا يعرف أحد نقل ذلك عنه الا طاوسا وقد رد ابن حجر على ذلك بقوله ان طاوسا حافظ فقيه فلا يضره تفرده بالرواية عن ابن عباس (يراجع فتح البارى ج ٩ ص ٣٢٥) ·

(٣) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٤٣ ·

(٤) المحلى ج ١٠ ص ١٦٨ ، ١٦٩ ·

(٥) فتح البارى ج ٩ ص ٢٩٢ ·

رابعا : قيل ان الحديث منسوخ · والسبب فى هذا الادعاء - على ما يبدو لى - التمسك الطلاق باجتهاد عمر رضى الله عنه · وفى ذلك يقول ابن حجر (١) نقل البيهقى عن الشافعى أنه قال يشبه أن يكون ابن عباس علم شيئا نسخ ذلك قال البيهقى : ومما يقوى ذلك ما أخرجه أبو داود من طريق يزيد النحوى عن عكرمة عن ابن عباس قال كان الرجل اذا طلق امرأته فهو أحق برجعتها وان طلقها ثلاثا فنسخ ذلك (٢) الا أن النسخ لم يشتهر فبقى الحكم المنسوخ معمولا به الى أن أنكره عمر (٣) ·

وأجيب عن هذا بأن النسخ ان كان بدليل من كتاب أو سنة فأين هو · وان كان بالاجماع فأيضا أين هو · وقد أنكر المازرى ادعاء النسخ فقال بعضهم ان هذا الحكم منسوخ وهو غلط فان عمر لا ينسخ ولو نسخ فحاشاه أن ينسخ سنة ثابتة بمحض رأيه ولو فعل لبادر الصحابة رضوان الله عليهم الى انكاره ولم يجيبوه الى ذلك على أنه يبعد أن يستمر الناس أيام أبى بكر وبعض أيام عمر على مر منسوخ (٤) هذا بالاضافة الى أن الموزعى قال (٥) : لا يخفى على ذى نظر صاف ما فى هذا الادعاء من التكلف والتعسف من تجويز النسخ بالظن والاحتمال وأيضا فان صحة النسخ متوقفة على معرفة تأخره والا فهو محل توقف حتى يترجح أحد الدليلين (٦) وبهذا يبطل الاعتراض ويكون الدليل صالحا للاحتجاج به ·

---

(١) فتح البارى جـ ٩ ص ٢٩١ ·

(٢) جاء فى مختصر سنن أبى داود جـ ٣ ص ١٢٠ عن ابن عباس قال : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله فى أرحامهن » وذلك أن الرجل كان اذا طلق امرأته فهو أحق برجعتها وان طلقها ثلاثا فنسخ ذلك وقال : « الطلاق مرتان » أخرجه النسائى وفى اسناده على بن الحسين ابن واقد وفيه مقال ·

(٣) سبل السلام جـ ٣ ص ٢١٠ ·

(٤) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٣٣ ·

(٥) الروض النضير جـ ٤ ص ١٤٢ ·

(٦) نفس المرجع جـ ٤ ص ١٤٢ ·

ثالثا - المعقول :

استدل أصحاب هذا المذهب بالمعقـول وهو ان الطلاق بمجرده مانع من الوطء فضم ذكر العدد اليه غير مؤثر لعـدم قابلية المحل كما فى اللعان فانه لا يقوم جمع الاربع شهادات بلفظ واحد مقام تفريقها ولا يقوم فى اقرار الزنا جمع الأربعة بلفظ واحد مقام تكراره (١) وكذلك الأمر فى رمى الجمار فلو رمى بسبع حصيات دفعة واحدة لم تجزىء عنه بلا خوف (٢) وانما يحسب له فى جميع هذه الحالات واحدة فكذلك الحال فى الطلاق لأن قوله ثلاثا لا معنى له لأنه لم يطلق ثلاث مرات . وبهذا يثبت أن الطلاق الثلاث يقع واحدة رجعية .

ثالثا - مذهب القائلين بعدم الوقوع :

ذهب الى القول بعدم وقوع الطلاق الثلاث بعض الشيعة الامامية (٣) وهذا هو المشهور عن الحجاج بن ارطاة (٤) ورواية عن زمحمد بن اسحاق (٥)

---

(١) الروض النضير جـ ٤ ص ١٤٠ .

(٢) مجمع البيان جـ ٢ ص ١٣٩ .

(٣) شرائع الاسلام ص ٢٠٩ والمختصر النافع ص ١٩٨ ومجمع البيان جـ ٢ ص ١٣٩ وجواهر الكلام جـ ٤ باب الطلاق والألوسى جـ ٩ ص ٩٣ .

(٤) صحيح مسلم بشرح النووى جـ ١٠ ص ٧٠ والجصاص جـ ١ ص ٤٥٩ والقرطبى جـ ٣ ص ١٢٩ وأحكام القرآن لابن العربى جـ ١ ص ٨٠ : أقول ان الكتب الفقهية قد اختلفت فى نقل رأى الحجاج بن ارطاة والذى يبدو لى - على ما اعتقد - ان مذهبه غير منضبط لان الكتب الفقهية نقلت عنه روايات كل منها تخالف الأخرى . فمثلا القرطبى نقل عنه فى ذلك ثلاث روايات . احداها عدم الوقوع والثانية الوقوع واحدة . والثالثة الوقـوع ثلاثا . ثم بعد ذلك وهذه الروايـة هى المشـهورة عن الحجـاج (يراجع القرطبى جـ ٣ ص ١٢٩) اما الجصاص وابن العربى والكرمانى فقد نقلوا عنه رواية عدم الوقوع (يراجع الجصاص جـ ١ ص ٥٤٩ وابن العربى جـ ١ ص ٨٠ والبخارى بشرح الكرمانى جـ ١٩ ص ١٨٢) أما الامام النووى فقد نقل عنه روايتين احداهمـا الوقوع واحدة والثانية عدم الوقوع ثم قال : وهذه الرواية هى المشهورة عن الحجـاج (يراجع صحيح مسلم بشرح النووى جـ ١٠ ص ٧٠) .

(٥) شرح صحيح مسلم للنووى جـ ١٠ ص ٧٠ والقرطبى جـ ٣ ص ١٢٩ .

وهو قول ابن مقاتل من فقهاء الأحناف ويحكى عن داود (١) كما روى ذ ك عن سعيد بن المسيب وجماعة من التابعين (٢) وذلك لأنهم يرون أن الطلاق اذا اقترن بعدد يزيد على الواحدة لا يقع لأنه طـــلاق غير مشروع فهو اذن بدعة والبدعة مردودة · وفى ذلك يقول صاحب جواهر الكلام (٣) لو فسر الطلقة باثنتين أو ثلاث لم يقع بذلك شىء عنـــدنا بلا خلاف بل كأنه من ضرورى المذهب · وقال المرتضى فى المحكى من انتصاره وابن أبى عقيل وحمزة وسلار ويحيى بن سعيد ان هذا الطلاق يبطل من أصله لا شك فى زوال النكاح بذلك·

وحجتهم فى ذلك الكتاب والمأثور :

أولا - الكتـــــاب :

قال تعالى : « الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » (٤)

وجه الاستدلال بهذه الآية أنها تدل على أن الطـلاق المشروع من حيث العدد هو ما كان مرتين على التفريق بحيث يعقب كل مرة رجعة وقد عبرالشارع عنها بقوله : « فامساك بمعروف » أى بالرجعة ولأن المرة فى لغة العرب يقصد منها الدفعة وبناء على هذا يكون المراد من الآية الكريمة أن الطـلاق المشروع يكون على دفعتين وهو أن يطلق الرجل زوجتـــه مرتين حتى يتمكن بعـد كل مرة من الابقاء عليها ان أراد أو يسرحهـا ان شـاء فان خالف الزوج ما دلت عليه الآية بأن أوقع الطلاق الثلاث كان طلاقه غير مشروع ، وغيـر المشروع لا يقع للنهى عنه · وبهذا يثبت أن الطلاق الثلاث غير واقع لعدم مشروعيته·

ويجاب عن هذا بأن ما جاء غير مشروع كالطلاق الثلاث يجب ألا يكون

---

(١) القرطبى ج ٣ ص ١٢٩ ·
(٢) الكشاف ج ٤ ص ١٠٨ والنيسابورى على الطبرى ج ٢٨ ص ٨٦ ·
(٣) جواهر الكلام ج ٤ باب الطلاق ·
(٤) القرطبى ج ٣ ص ١٢٩ ومجمع البيان ج ٢ ص ١٣٩ والمحلى ج ١٠ ص ١٦٧ ·

صحيحا كما هو مقتضى المبـــادىء الشرعية · ولكن نقــول : اذا ثبت عن الرسول · ما يدل على وجود استثناء فى بعض التصرفات من هذا المبدأ وجب علينا حينئذ المصير اليه · وقد ثبت عن الرسول صلى الله عليـــه وسلم أنه أوقع الثلاث واحدة كما جاء ذلك فى حديث ركانة حينما طلق زوجته ثلاثا فى مجلس واحد فقال له انما تلك واحدة فارجعها ان شئت فهـــذا يدل على أن الطلاق الثلاث يقع واحدة كما قال بذلك صاحب الشرع الأمين وبذلك يبطل الاحتجاج بهذه الآية ·

ثانيا ـ المأثور :

جاء فى خبر أبى بصير عن أبى عبـــد الله أنه قال : من طلق ثلاثا فى مجلس فليس بشىء · من خالف كتاب الله رد الى كتاب الله كمـا روى عن الصادق أنه قال :اياكم والمطلقـــات ثلاثا فى مجلس واحـــــد فانهن ذوات أزواج (١) ·

فهذان الأثران يدلان على عدم وقوع الطلاق الثلاث ·

تنبيــــــه :

جاء فى نيل الأوطار للشوكانى (٢) فى سياق كـلامه عن الطـلاق الثلاث عبارة تقول : « وذهب بعض الامامية الى أنه لا يقع بالطلاق المتتـابع شىء لا واحدة ولا أكثر منها وقـد حكى ذلك عن بعض التـــابعين وروى ذلك عن ابن علية وهشام بن الحكم وبه قال أبو عبيدة وبعض أهل الظاهر وسائر من يقول : ان الطلاق البدعى لا يقع لأن الثلاث بلفظ واحـــد أو ألفاظ متتـــابعة منه » أ· هـ·

أولا : أقول : ان نقل الشوكانى عن الامامية غير محرر لأن الطلاق المتتابع

---

(١) جواهر الكلام جـ ٤ باب الطلاق ·
(٢) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٣١ ·

عند الامامية يقع واحدة وفى ذلك يقول صاحب جواهر الكلام (١) لو كرر الصيغةمرتين أو ثلاثا قاصدا التعدد والطلاق لا خلاف بيننا فىالوقوع واحدة. بل الاجماع عليه .

ثانيا : يقول الشوكانى فى عبارته ان سائر من يرى عدم وقوع الطلاق البدعى فى الحيض يقول بعدم وقوع الطلاق الثلاث . وهذا التعبير غير دقيق . وذلك لأن كثيرا ممن قالوا بعدم وقوع الطلاق فى الحيض كابن تيمية وابن القيم قالوا بوقوع الطلاق المقترن بالعدد واحدة رجعية . وكذلك ابن حزم فانه يقول بعدم وقوع الطلاق فى الحيض . ومع هذا فانه يقول بوقوع الطلاق الثلاث ثلاثا كما يوقعها الزوج . فلو صحح الشوكانى عبارته وقال : ذهب بعض الذين قالوا بعدم وقوع الطلاق فى الحيض لكانت العبارة أدق .

ثالثا : أما من ذكر الشوكانى أسماءهم . وهم ابن عليه وهشام بن الحكم وأبو عبيدة وبعض أهل الظاهر . ثم قال : ان مذهبهم عدم الوقوع الصحيح أنه مذهبهم عند وقوع الطلاق فى الحيض وليس لهم رأى فى الطلاق الثلاث (٢) كما ورد ذلك فى البحر الزخار .

رابعا - مذهب القائلين بالتفريق بين المدخول بها وغيرها :

ذهب الى القول بالتفريق بين المدخول بها وغير المدخول بها فى ايقاع الثلاث فريق من أصحاب ابن عباس كسعيد بن جبير وطاوس وأبى الشعثاء وعطاء وعمرو بن دينار (٣) وهو مذهب اسحاق بن راهويه حكاه عنه محمد ابن نصر المروزى فى كتاب اختلاف العلماء (٤) وبناء على هذا يرى أصحاب

---

(١) جواهر الكلام جـ ٤ باب الطلاق .

(٢) البحر الزخار جـ ٣ ص ١٥٤ وقد اعتمد بعض الباحثين على عبارة الشوكانى وذكر أن مذهب عدم وقوع الطلاق الثلاث هو مذهب ابن علية وهشام بن الحكم وأبى عبيدة وأضاف اليهم آخرين اضطرب النقل عنهم (يراجع فرق الزواج جـ ٣٢ للاستاذ على الخفيف) .

(٣) معالم السنن جـ ٣ ص ١٢٤ .

(٤) زاد المعاد جـ ٤ ص ٥٤ .

هذا المذهب أن الطلاق الثلاث على غير المدخول بها يقع واحدة بخلاف المدخول بها فانه يقع عليها ثلاثا .

وقد استدلوا بالسنة والمعقول :

أولا - السنة :

جاء فى سنن أبى داود (١) عن طاوس أن رجلا يقال له أبو الصهباء كان كثير السؤال لابن عباس قال : أما علمت أن الرجل اذا طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وصدرا من امارة عمر ؟ قال ابن عباس : بلى كان الرجل اذا طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وصدرا من امارة عمر . فلما رأى الناس قد تتابعوا فيهما قال أجيزوهن عليهم .

وجه الاستدلال بهذا الحديث أنه يدل بظاهره على أن الطلاق الثلاث قبل الدخول يقع واحدة فقط كما يدل أيضا بمفهومه على أن الطلاق الثلاث بعد الدخول يقع ثلاثا (٢) .

وقد اعترض على هذا الدليل بعدم صلاحيته للاحتجاج به على التفريق بين المدخول بها وغيرها حيث ان السائل لابن عباس انما كان يسأل عن طلاق الثلاث على غير المدخول بها فى عهد النبى صلى الله عليه وسلم وقد أجابه ابن عباس على قدر سؤاله فقط ولم يتطرق فى اجابته عن طلاق الثلاث بالنسبة للمدخول بها . فكيف يصح الاستدلال به على التفريق بينهما ؟ مع خلو الحديث من الدلالة على ذلك بل ان روايات هذا الحديث عن ابن عباس ليس فيها ما يدل على التفريق بل هى مطلقة تشملهما وبناء على هذا يكون الدليل غير صالح للاحتجاج به على المدعى .

---

(١) مختصر سنن أبى داود جـ ٣ ص ١٢٣ .
(٢) سبل السلام جـ ٣ ص ٢١٥ .

ثانيا ـ المعقـــول :

وهو أن الزوج إذا قال لزوجته التى لم يدخل بهـــا أنت طالق ثلاثا وقع عليها طلقة واحدة لبينونتها بقوله أنت طالق لعدم وجوب العدة عليهـا فاذا قال ثلاثا بعد ذلك لغا العدد لوقوعه بعـد البينونة لصيرورتها أجنبيـة عنه وطلاق الأجنبية باطل ٠

وبهذا يثبت أن الطلاق الثلاث على غير المدخول بها يقع واحدة (١) وقد اعترض على هذا الاستدلال بعدم صلاحيته للاحتجاج به على المدعى ٠ ذلك لأن قول الزوج لزوجته أنت طالق ثلاثا كلام متصل غير منفصل فايقاع الطلاق حينئذ انما يكون بجملة الكلام فالزوجة لم تطلق الا بمجموع اللفظ والتقييـد هنا معتبر لو لم يلغه الشارع وقد ألغاه فى المدخول بها وغيـــرها أما جعـل الثلاث واحدة كما يقولون فانما ثبت بجعل الشارع وهو لم يفرق بين مدخول بها وغيرها كما تقدم وبهم يبطل الاحتجاج بهذا الدليل ٠

الترجيح :

نحن نرى ـ على ضوء ما سبق ـ أن الراجح هنـــا المذهب القائل بوقوع الطلاق الثلاث واحدة رجعية **لقوة أدلته وضعف** ما عداها سواء أوقعها الزوج بلفظ واحد أم بألفاظ مفرقات فى مجلس واحد اذا كان ذلك فى طهر واحـد ٠ وذلك لأن فى الأخذ بهذا القول صـيانة لرابطة الزوجية من العبث وحمـــل الأزواج على اتباع السنن المشروع لايقاع الطلاق مرة بعد مرة عمـــلا بقوله تعالى : « الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » فضلا عن سد باب التحليل الذى يلجأ اليه من أوقع الطلاق الثلاث عند الندم على فعله لأنه لا يجد وسيلة للرجوع الى زوجته الا بالتحليل المحرم وبناء على هـذا يتفق مع شخص على أن يعقد على زوجته عقدا صوريا يحل له زوجته حتى اذا ما تم

---

(١) سبل السلام جـ ٣ ص ٢١٥ ونيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٣٤ ٠

العقد طلقها فى نفس اليـوم أو فى اليوم التالى • وهـذا العمل منكر لا تقره الشريعة لأن النكاح اذا اقترن بشـــرط التوقيت كان الشرط باطلا والعقـــد صحيحا •

وبناء على هذا يكون القول بوقوع الثلاث واحدة أقل مفسدة من القول بوقوع الثلاث ثلاثا والقاعدة المحكمة عند جميع العلماء وكما تقضى به الشريعة أن يرتكب أخف الضررين وأقلهما مفسدة •

اجتهـــاد عمـر :

أما امضاء عمر بن الخطاب رضى الله عنه الطـلاق الثلاث على من أوقعه ثلاثا فانما كان ذلك سياسة منه لمصلحة الأمة فى ذلك الوقت حينمـــا رأى تتابع الناس وتسارعهم الى ايقاع الثلاث • فمنعـــا من ذلك ألزمهم بوقوع الثلاث عقوبة وزجرا لهم خوفا من رجوعهم الى ما كانوا عليه فى الجاهلية من الاكثار فى الطلاق من غير سبب مشروع أو تقليلا لألاعيبهم ومما يدل على أنه اجتهاد من عمر قوله : « فلو أمضيناه عليهم » وفى لفظ آخر قال : « أجيزوهن عليهم » فهذا يدل على أن هذا العمل انما كان رأيا ارتآه عمـر للمصلحة وليس باخبار عن النبى صلى الله عليه وسلم ومما يؤيد هذا ما قاله صـاحب مجمع الأنهر فى ذلك (١) واعلم انه كان فى الصدر الأول اذا أرسل الثلاث جملة لم يحكم الا بوقوع واحدة الى زمن عمر رضى الله عنه ثم حكى بوقوع الثـلاث لكثرته بين الناس تهديدا • فهذا يدل على أن وقوع الثلاث كان باجتهاد من عمر وقد قيل انه ندم على ذلك قبل موته ذكـــر ذلك الاسماعيلى فى مســـند عمر (٢) وبناء على هذا فاذا تغير العصر وأصبح الناس يستعملون لعبة التحليل وهى الوسيلة الوحيدة التى يلجأون اليها للخروج من مأزق الطلاق الثـلاث فلو علم عمر بذلك لرجع عن رأيه وأقرهم على ما كان عليـــه الأمر زمن النبى

---

(١) مجمع الأنهر جـ ١ ص ٣٨٢ •
(٢) الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية ص ١٩ •

صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وصدرا من خلافته وهو الأولى واذا كان عمر قد حرص ألا يرتكب الناس فى عصره المحرم ديانة بايقاع الثلاث مجموعة فحرمهم من الرجعة وهى أمر مباح وليست بواجبة فهو اذن لم ينه الناس عن واجب وانما نهاهم عن مباح للمصلحة فنهيه عن الرجعة جعل حكمها لا يترتب عليها وقد فعل عمر أمورا كثيرة لمصلحة الرعية كتحريق قصر سعد ، بناء على هذا أفلا يحرص المسلمون اليوم على ألا يرتكب الناس جريمة التحليل فى سبيل الرجوع الى زوجاتهم بعد ايقاع الثلاث ٠

واجتهاد عمر موافق لقواعد الشريعة لأن لولى الأمر فى الاسلام أن يتدخل فى شئون النكاح والطلاق فيجوز لولى الأمر أن يزوج من يعضلها وليها عن الزواج لأنه ولى من لا ولى لها وكذلك الأمر فى الطلاق حيث يجوز لولى الأمر أن يفرق بين الزوج وزوجته اذا فات الامساك بالمعروف وامتنع الزوج من التسريح باحسان وبناء على هذا يكون عمل عمر سائغا لأن الناس اذا تعدوا حدود الله ولم يقفوا عندها ضيق عليهم ما جعله لهم من التوسعة لأنهم لم يقبلوا فيه رخصة الله عز وجل بل اختاروا الشدة والعسر ٠ الا أن العقوبة تختلف باختلاف الأزمنة والأشخاص ٠ لذا فان العقوبة التى طبقها عمر فى عصره لا تصلح لأن تكون عقوبة فى هذا العصر وبناء على ما تقدم يكون الراجح القول بوقوع الثلاث واحدة رجوعا الى ما كان عليه العمل زمن النبى صلى الله عليه وسلم وتحقيقا الى ما رمى اليه عمر باجتهاده من جلب المصلحة ودفع المفسدة لأن السياسة تدور حولهما ٠

الطلاق الثلاث فى القانون :

ان القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعمول به حاليا فى جمهورية مصر العربية قد نص فى مادته الثالثة على أن : « الطلاق المقترن بعدد لفظا أو اشارة لا يقع الا واحدة » ٠

وقد سلكت معظم قوانين البلاد العربية هذا المسلك حيث نصت على ذلك ٠

ففى السودان قد نص على ذلك فى المنشـــور الشرعى رقم ٤١ ســـنة ١٩٣٥ ٠

وفى سوريا نصت على ذلك المادة ٩٢ من القانون السورى ٠

وفى الأردن نصت على ذلك المادة ٧٢ من قانون العائلة الأردنى ٠

وفى العراق نصت على ذلك الفقرة الثانية من المـادة ٣٧ من القـــانون العراقى ٠

وفى المغرب نصت على ذلك المادة ٥١ من الظهير المغربى ٠

وبهذا يتبين أن معظم قوانين البلاد العربية تتفق فى العمـــل على أن الطلاق الثلاث يقع واحدة ٠

ملاحظاتنا على نص المادة الثالثة :

أقول : ان هذه المادة نصت على أن الطلاق المقترن بعدد لفظا أو اشارة الا أنها لم تتعرض للطلاق المتتابع فى مجلس واحد وبذلك يكون قد فات واضعو القانون النص على ذلك لذا فاننى أرى أن هذه المادة لم تأت بالعلاج الصحيح لاندفاع الناس فى الطلاق وسوء استعمالهم اياه ٠ وبناء على هذا اذا فسرنا القانون تفسيرا لفظيا فان نص هذه المادة لا ينطبق على الطلاق المتتابعوانما يطبق فيه مذهب الأحناف الا أن القوانين لا تفسـر بظواهر ألفاظها وانمـــا تفسر بأغراضها والغرض من القانون رقم ٢٥ لســـنة ١٩٢٩ القضـــاء على جمع الطلقات ولا فرق فى هذا بين جمعها بكلمة أو بكلمات وبناء على هـــذا يكون الطلاق المتتابع فى مجلس واحـــد لا يقع الا طلقة واحـــدة لأن مذهب القائلين بوقوع الثلاث واحدة ينص على أن الطلاق المتتابع فى مجلس واحـد لا يقع الا واحدة ٠ ومع هذا فانى أقترح تعـديل نص المادة الثـــالثة وجعله كالآتى :

« الطـلاق المقترن بعدد لفظا أو اشارة والطلاق المتتـــابع فى مجلس واحـد لا يقع الا واحدة » ٠

الفصل الثالث

مقـــــدمة :

ان الطلاق قد يكون بدون عوض وهو الأصل وفى هـــذه الحالة يستقل الزوج بايقاعه بارادته المنفردة دون التوقف على رضى المرأة وقبولها وقد يكون بعوض وهو ـ فى الغالب ـ مبلغ من المال تدفعه الزوجة لزوجهـا فى مقـابل طلاقها وفى هذه الحالة يتم الطلاق باتفاق الزوجين على ذلك مع قبول الزوجة لدفع العوض ٠ وهذا النوع من الطلاق هو المعروف عند أكثر الفقهاء بالخلع أو الطلاق على مال الا أنا بعضهم يفرق بين الخلع والطلاق على مال ويجعل الثانى قسيما للأول وسنبين فى هذا الموضع آراء الفقهـاء وأدلتهم وترجيح الراجح منها ٠

المبحث الأول

حقيقة الخلع فى اللغـــة :

الخلع معناه فى اللغة النزع والازالة يقال خلع الرجل ثوبه خلعـــا بفتح الخاء أى أزاله عن جسده ٠ كما يقول خلعت النعل خلعا نزعته وخلع الرجـل امرأته خلعا بضم الخاء أى أزال عصمتها اذا افتدت منه بمال فطلقها وأبانها٠ وخالعت المرأة زوجها مخالعة أى أزالته عن نفسها اذا افتـدت منه وطلقهـــا على الفدية ٠ وسمى ذلك الفراق خلعـا لأن الله تعـــالى جعل النساء لباسـا للرجال والرجال لباس لهن فقال جل شأنه : « هن لباس لكم وأنتم لباس لهن » فاذا افتدت المرأة نفسها فطلقها زوجها على ذلك فكان كل واحد منهما خلع لباس صاحبه (١) ٠

---

(١) يراجع المصباح المنير والقاموس المحيط ٠

حقيقة الخلع شرعا :

والخلع شرعا حل عقدة الزواج بلفظ الخلع أو ما فى معناه (١) نظير عوض تلتزمه الزوجة بقبولها (٢) ٠

مشروعية الخلع :

الأصل فى مشروعية الخلع الكتاب والسنة والاجماع :

---

(١) وقد اشترط بعض الفقهاء أن يكون الخلع بألفاظ مخصوصة كالحنابلة (يراجع الكشاف جـ ٣ ص ١٢٦ ومنتهى الارادات على الكشاف جـ ٣ ص ١٨٤) ونحن نرى أن الراجح عدم اقتصار الخلع على ألفاظ معينة لأن الكتاب والسنة ليس فيهما ما يدل على أن الخلع يكون بلفظ معين ٠ والآية التى وردت فى هذا الشأن وردت بلفظ الافتداء وكذلك الآثار فقد جاء بعضها بلفظ أقبل الحديقة وطلقها تطليقة (يراجع تفسير الطبرى جـ ٢ ص ٢٨٠) وجاء فى بعض الآثار خذ مالها وفارقها (يراجع نصب الراية جـ ٣ ص ٢٤٥) وفى بعضها الآخر خل سبيلها فهذه الآثار تدل على أن التقييد بلفظ معين لا معنى له لأن العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى لا للألفاظ والمبانى كما أنها تدل على أنه لا فرق بين الخلع والطلاق على مال على رأى من يقول بذلك لأن قول النبى صلى الله عليه وسلم لثابت بن قيس أقبل الحديقة وطلقها تطليقة يدل على أنه طلاق على مال وانه خلع لا محل للخلافات التى مبناها النظر الى اللفظ المستعمل فى هذا النوع من الطلاق والتى تفرق بين الخلع والطلاق على مال اذ لا سند لها من كتاب أو سنة ٠

(٢) أما اذا كان الخلع بغير عوض فقد اختلف فى كونه خلعا أم لا ٠ فذهب الأحناف والمالكية ـ ماعدا أشهب ـ الى أن الخلع اذا كان بغير عوض يكون خلعا ويقع الطلاق بائنا وبذلك قال الحنابلة فى احدى الروايتين وهو قول للشافعية ٠ الا أنهم يرون وجوب مهر المثل لأن الخلع اذا لم يذكر عوضه وقبلت المرأة المخالعة رجع الى مهر المثل لأنه المرد وحصلت البينونة ٠ (يراجع الزيلعى جـ ٢ ص ٢٦٨ والباجى جـ ٤ ص ٦٤ والقرطبى جـ ٣ ص ١٤٥ والمغنى جـ ٨ ص ١٩٤ والمنهاج جـ ٣ ص ٣١٣) ٠

وذهب أشهب من المالكية والشافعية والحنابلة فى احدى الروايتين عنهما الى أن الخلع اذ عرى عن العوض وقع الطلاق وكان رجعيا كما لو كان بلفظ الطلاق الا أن الحنابلة يرون أنه فى حالة عدم النية لا يقع شىء (نفس المراجع السابقة) ٠

أولا ـ الكتـــــاب :

قال تعالى : « الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحســان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا الا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فان خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حــدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون » (١) ٠

بين الله جل شأنه فى هذه الآية أن الطلاق مرتان بحيث يعقب كل مرة امساك بمعروف وهو الرجعة فى أثناء العدة أو تسريح باحسان بأن يتركها حتى تنقضى عدتها دون مراجعة ٠ ثم ذكر جل شأنه أنه لا يجوز للزوج أن يأخذ من زوجته فى مقابلة طلاقها شيئا مما أعطاها ثم استثنى من ذلك حالة واحدة وهى حالة خوف الزوجين عدم اقامة حدود الله فيما بينهما وهى الحدود التى تتطلبها الحياة الزوجية على وفق ما شرع الله وأراده ففى هــذه الحالة يجوز للزوج أن يأخذ منزوجته عوضا فى مقابلة طلاقه اياها وهذا ما يسمى خلعا (٢) ٠

ثانيا ـ الســــــنة :

جاء فى صحيح بخارى (٣) عن عكــرمة عن ابن عبــاس أن امرأة ثابت ابن قيس أتت النبى صلى الله عليــــه وسلم فقالت : يارســـــول الله ثابت ابن قيس ما أعتب عليه فى خلق ولا دين ولكنى أكره الكفر (٤) فى الاسلام ٠

---

(١) الآية رقم ٢٢٩ من سورة البقرة ٠

(٢) الطبرى جـ ٢ ص ٢٨٤ والنيسابورى على الطبــــرى جـ ٢ ص ٣٦٣ وابن العربى جـ ١ ص ٨٢ ٠

(٣) صحيح البخارى بشرح الكرمانى جـ ١٩ ص ١٩٧ ٠

(٢) المراد من الكفر هنـــا كفران العشير وهو تقصــــير المرأة فى حق زوجها ٠ وقيل : ان المراد من ذلك أنها تكره ان قامت عنده وهى تبغضه أن تقع فيما يقتضى الكفرويؤيد هذا رواية جرير بن حازم حيث جاء فيهـــا : الا أنى أخاف الكفر فهذا يفيد أن امرأة ثابت بن قيس قد أشارت الى أن شدة كراهتها له قد تحملها على اظهار الكفر لتفسخ نكاحها مع علمهــا بمعرفة ذلك لكنهـــا خشيت من الوقوع فيه (يراجع فتح البارى جـ ٩ ص ٣٢٢) ٠

فقال النبى صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته ٠ قالت : نعم ٠ قال النبى صلى الله عليه وسلم : اقبل الحديقة وطلقها تطليقة ٠ وجاء فى رواية أخرى للبيهقى (١) من طريق عطاء قال : أتت امرأة للنبى صلى الله عليه وسلم وقالت : انى أبغض زوجى وأحب فراقه ٠ قال : أتردين عليه حديقتـه التى أصدقك ؟ قالت : نعم وزيادة فقال النبى صلى الله عليه وسلم : أما الزيادة فلا٠

وجاء فى الطبرى (٢) عن عائشة ان حبيبة بنت سهل كانت تحت ثابت ابن قيس بن شماس فضربها فكسر بعضها فأتت رسول الله صلى الله عليـه وسلم بعد الصبح فاشتكته فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم ثابتا فقال خذ بعض مالها وفارقها ٠ قال : ويصلح ذلك يا رسول الله ؟ قال : نعم ٠ قال : فانى أصدقتها حديقتين وهما بيدها فقال النبى صلى الله عليـه وسلم خذهما وفارقها ففعل ٠

وجاء فى الطبرى أيضا (٣) ان المعتمر بن سليمان قال : قرأت على فضيل عن أبى جرير انه سأل عكرمة هل كان للخلع أصل ؟ قال : كان ابن عبـاس يقول ان أول خلع كان فى الاسلام أخت عبد الله بن أبى انهـا أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يارسول الله لا يجمع رأسى ورأسه شىء أبدا انى رفعت جانب الخباء فرأيته اقبل فى عدة فاذا هو أشدهم سوادا وأقصرهم قامة وأقبحهم وجها قال زوجها : يارسول الله انى أعطيتها أفضل مالى حديقة فلترد حديقتى قال ما تقولين قالت نعم وان شاء زدته قال ففرق بينهمـا ٠ وهذه الأحاديث كلها تدل على جواز الخلع ٠

---

(١) سنن البيهقى جـ ٧ ص ٣١٣ ٠
(٢) الطبرى جـ ٢ ص ٢٨٠ وسنن أبى داود جـ ٣ ص ١٤٤ ٠
(٣) الطبرى جـ ٢ ص ٢٨٠ ٠

ثالثا - الاجمـــــاع (١) :

انعقد اجماع المسلمين على مشروعية الخلع ولم يخالف فى ذلك الا بكر ابن عبد الله المزنى التابعى المشهور حيث قال لا يحـل لرجل أن يأخـــذ من امرأته شيئا فى مقابل فراقها عملا بقوله تعالى : « وان أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتانا واثما مبينا » (٢) ٠

ثم قال ان آية البقرة منسوخة ٠

وأجيب عن هذا الاستدلال ٠ بأن هـــذه الآية مخصوصة بآية البقـرة وبقوله تعالى : « فان طبن لكم عن شيء منـــه نفسها فكلوه » وقوله : « فلا جناح عليهما أن يصلحا » وبالحديث السابق ذكره ٠ وبهذا يبطل الاستدلال ويثبت أن الاجماع قد انعقد على مشروعية الخلع (٣) ٠

تعريف المبـــارأة :

المبارأة هى ابانة المرأة بعوض مقصود لجهة الزوج ٠ مثل أن يقول الزوج لزوجته بارأتك على مائة جنيه فأنت طالق أو يقول لهـا أنت طالق بخمسين جنيها صح ذلك وكان مبارأة ٠ ويشترط فيها اتباعها بلفظ الطلاق فلو اقتصر المبارىء على لفظ المبارأة لم يقع به فرقة (٤) ٠

---

(١) المغنى جـ ٨ ص ١٧٤ والقرطبى جـ ٣ ص ١٣٩ ، ١٤٠ والطبرى جـ ٢ ص ٨٨ ٠ والزيلعى جـ ٢ ص ٢٦٧ ٠
(٢) الآية رقم ٢٠ من سورة النساء ٠
(٣) فتح البارى جـ ٩ ص ٣١٨ ٠
(٤) شرائع الاسلام ص ٢٢٠ ، ٢٢١ ٠

الفرق بينها وبين الخلع :

يفرق الشيعة الامامية بين الخلع والمبارأة بأمور هى (١) :

١ - المبارأة تختص باشتراك الزوجين فى الكراهة بخلاف الخلع فانه يختص بكون الكراهة من الزوجة فقط ٠

٢ - يشترط فى المبارأة أن تكون مقرونة بلفظ الطلاق اتفاقا فلو اقتصر المبارىء على لفظ المبارأة ثم يقع الطلاق بخلاف الخلع فان فى اشتراط اقترانه بلفظ الطلاق خلاف ٠

٣ - يشترط فى عوض المبارأة ألا يزيد عما ساق اليها بخلاف الخلع فان الزيادة فى عوضه جائزة (٢) ٠

تعريف الطلاق على مال :

هو فرقة فى مقابلة مال تعطيه الزوجة لزوجها مثل أن يقول الزوج لزوجته أنت طالق بخمسين جنيها أو بمائة أو أنت طالق على مائة من الجنيهات ٠ فاذا قبلت وقع الطلاق ولزم المال ٠

---

(١) شرائع الاسلام ص ٢٢١ ٠

(٢) وجاء فى القرطبى أن المبارئة هى التى بارأت زوجها قبل أن يدخل بها تقول : قد ابرأتك فبارئنى ٠ هذا قول مالك ٠ وروى عيسى بن دينار عن مالك ان المبارئة هى التى لا تأخذ شيئا ولا تعطى ٠ والمختلعة هى التى تعطى ما أعطاها وتزيد من مالها والمفتدية هى التى تفتدى ببعض ما أعطاها وتمسك بعضه وهذا كله يكون قبل الدخول وبعده ٠ والمصالحة مثل المبارئة٠ قال القاضى أبو محمد وغيره هذه الألفاظ الأربعة تعود الى معنى واحد وان اختلفت صفاتها من جهة الايقاع وهى طلقة بائنة سماها أو لم يسمها ٠ (القرطبى ج ٣ ص ١٤٥ ، ١٤٦ وأحكام القرآن لابن العربى ج ١ ص ٧٣ والباجى ج ٤ ص ٦٧ ، ٦٨) ٠

الفرق بين الخلع والطلاق على مال :

يفرق الأحناف بين الخلع والطلاق على مال بأمور هى (١) :

١ - يشترط فى الخلع أن يكون بلفظ الخلع أو ما فى معناه كالمبارأة وما يشتق منها بخلاف الطلاق على مال فانه يكون بصريح الطلاق أو ما فى معناه .

٢ - ان الخلع يسقط كل حق لأحد الزوجين على الآخر من حقوق الزوجية وهذا على رأى الامام أبى حنيفة خلافا للصاحبين حيث قالا : لا يسقط به شىء الا ما سميا بخلاف الطلاق على مال فانه لا يسقط شيئا من الحقوق الزوجيةبالاتفاقبين الامام وصاحبيه لأن لفظ الطلاق لا ينبىء عن البراءة من هذه الحقوق .

٣ - اذا بطل العوض فى الخلع وقع الطلاق بائنا لأنه من الكفايات التىيقع بها الطلاق بائنا بخلاف الطلاق على مال فان الواقع به طلاق رجعى فى حال بطلان العوض ولا يلزم الزوجة شىء مطلقا .

المبحث الثانى

أولا - متى يحل للزوج أخذ العوض ؟ :

لا خلاف بين فقهاء المسلمين (٢) على جواز مخالعة الزوجة على عوض يأخذه الزوج فى مقابلة طلاقها . اذا خيف عدم اقامة حدود الله بينهما فيما افترض لكل واحد منهما على صاحبه في العشرة والصحبة بأن لم يراع أحدهما ما أوجبه الله عليه من حقوق وواجبات للآخر .

الا أنهم اختلفوا فى أخذ العوض هل هو مطلق أم مقيد بقيود ؟ على

---

(١) البدائع جـ ٣ ص ١٥١ ، ١٥٢ وفتح القدير جـ ٣ ص ٢٠٥ ، ٢٠٦ .
(٢) سبق أن بينا فى مشروعية الخلع أن بكر بن عبد الله المزنى قد ادعى نسخ الخلع الا أنه لم يتابعه أحد فلا عبرة بخلافه .

فريقين : فريق يرى أن أخذ العوض مقيد بأن تكون الزوجة هى الكارهةلزوجها أو تخاف بغض الزوج لها فلا يوفيها حقها ٠

أما الفريق الآخر : فانه يرى أن أخذ العرض مطلق غير مقيد ٠

رأى الفريق القائل بجواز أخذ العوض مطلقا :

يرى هذا الفريق من الفقهاء ـ وهم الجمهور ووافقهم على ذلك المؤيدبالله من الزيدية (١) ـ انه يجوز للزوج أخذ العوض على الخلع اذا تم ذاك بالتراضى بينهما ولم يكن هناك سبب من الأسباب المبيحة للخلع بأن كانت الأخلاق بينهما ملتئمة (٢) وذلك لأنه رفع عقد بالتراضى جعل لدفع الضرر فجاز من غير ضرر كالاقالة فى البيع وكذلك اذا كان النشوز من قبل الزوج عند الأحناف (٣) فان أخذ الزوج عوضا فى هذه الحالة جاز ذلك فى الحكم ولزم حتى لا يملك استرداده لأنهم يرون أن الزوج أسقط ملكه عنها بعوض رضيت به والزوج من أهل الاسقاط والمرأة من أهل المعاوضة والرضى فيجوز فى الحكم والقضاء وكذلك اذا كان النشوز منهما جميعا جاز للزوج أخذ العوض اذا كان باتفاقهما وبذلك قال الأحناف والمالكية (٤) ٠

وقد استدل هذا الفريق بالكتاب والمعقول ٠

أولا ـ الكتاب :

قال تعالى : « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة فان طبن لكم عن شىء منه

---

(١) ابن عابدين جـ ٢ ص ٦٠٨ وبداية المجتهد جـ ٢ ص ٦٨ والمهذب جـ ٢ ص ٧١ والمحرر جـ ٢ ص ٤٤ والشرح الكبير جـ ٨ ص ١٧٥ والبحر الزخار جـ ٣ ص ١٧٨ ٠

(٢) الا أنه قد روى عن الامام أحمد أن الخلع لا يكون صحيحا الا اذا كانت الزوجة هى الكارهة لزوجها حيث قال : الخلع مثل حديث سهلة تكره الرجل فتعطيه المهر فهذا هو الخلع وهو قول ابن المنذر وداود (يراجع المغنى جـ ٨ ص ١٧٧) ٠

(٣) البدائع جـ ٣ ص ١٥٠ ٠

(٤) ابن عابدين جـ ٢ ص ٦٠٨ والباجى جـ ٤ ص ٦١ ٠

نفسا فكلوه هنيئا مريئا » (١) ٠

وجه الاستدلال بهذه الآية أنها تدل على أن الزوجة اذا أعطت لزوجها مالا وكان ذلك عن رضى وطيب نفس منها جاز للزوج أخـذه سواء أكان فى نظير خلع أم لا ٠ لأن الآية عامة لم تخص حالا دون حال وبهـذا يثبت أنه يجوز للزوج أن يأخذ العوض على مخالعة الزوجة مطلقا ٠

وقد اعترض على هذا الاستدلال بأنه فى غير موضع النزاع فلا علاقة له بما نحن فيه لأن هذه الآية قد وردت بشأن هبة المرأة صداقها لزوجها والزوجية قائمة بينهما وليست فى حال المخالعة (٢) وأما فى حال المخـالعة فان الآية التى قيدت العوض بخوف عدم اقامة حدود الله بينهما يجب تقديمها على هذه الآية ٠ وبهذا يبطل الاحتجاج بهذا الدليل ٠

ويمكن رد هذا الاعتراض بأن الآية وان كانت واردة فى حال بقاءالزوجية الا أن لفظها عام يشمل كل حال تريد الزوجة فيه التنازل عن بعض مالهـا لزوجها والعبرة بعموم اللفظ اذ لا يشك أحد فى أن كل مالك له حرية التصرف فى ماله والمرأة مالكة لمالهـا فجـاز لها أن تعطى بعضه لزوجها سواء أكان فى مقابلة خلع أم لا متى كان برضاها اذ لم يقل الجمهور بالزامها وجبرها على التخلى عن بعض مالها وانما كل ما قالوا هو انها اذا لم تعط هذا المال الذى التزمته لم يلزم الزوج بالتطليق ٠

وأما القول بأن آية الخلع قد قيدت هذه الآية فيمكن الانفصال عنه بأن غايته تقييد بالمفهوم ٠ اذ مقتضى آية الخلع أن أخذ العوض فى حال خوف ألا يقيما حدود الله جائز وأما دلالتها على عدم الجواز فى حالة عدم الخوف فانها بالمفهوم وليس بحجة ٠ ولو سلم أنه حجة فذلك اذا لم يعارضه نص منعموم أو خصوص وهنا قد عورض بعموم هذه الآية فلم يكن معمولا به ٠

---

(١) الآية رقم ٤ من سورة النساء ٠
(٢) القرطبى ج ٥ ص ٢٦ ، ٢٧ ٠

ثانيا ـ المعقـــول :

استدل هذا الفريق بالمعقول وهو أنه لما جاز للزوج أن يأخذ من زوجتـه عوضا فى حال الشقاق بينهما وارادة الصلح كمـا هو مقتضى قوله تعالى : « وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا فلا جناح عليهما أن يصـلحا بينهما صلحا » اذ عمومها يشمل ما اذا كان الصلح على مال منها جاز من باب أولى أن يأخذ منها عوضا على فراقها اذا كان ذلك بالتراضى بينهما (١) ٠

وقد اعترض على هذا الاستدلال بعدم صلاحيته للاحتجاج به لمخالفتـه لنص القرآن (٢) لأن قوله تعالى : « فان خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به » قيد أخذ العوض بحالة معينة وبهـذا يبطل الاحتجاج بهذا الدليل ٠

ويجاب عن هذا الاعتراض بما تقـدم من أن الآية لم تدل على عدم أخـذ العوض الا بالمفهوم وقد تقدم ما فيه فى الاستدلال الأول ٠

رأى هذا الفريق فى مضارة الزوج لزوجته لاجبارها على دفع العوض :

نهى القـــرآن الكـريم الأزواج عن الاضـــرار بنســـائهم والتضييق عليهن بقصد دفع العوض فقال جل شأنه : « ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن » (٣) وبناء على هـذا يرى فقهـاء الحنابلة أن الزوج اذا عضل زوجته بأن ضارها بالضرب والتضييق عليها أو منعها حقوقها من النفقة والقسم ونحو ذلك لتفتدى نفسها منه بدفع العوض فالخلع حينئذ باطل والعوض مردود

---

(١) فتح القدير جـ ٣ ص ٢٠٣ ٠

(٢) الجصاص جـ ١ ص ٤٦٦ ٠

(٣) الآية ١٩ من سورة النساء ٠

والزوجية بحالها (١) وبهذا قال الشافعية (٢) أما المالكية (٣) فانهم يرون أن الزوج اذا خالع زوجته وقبض العوض وكان هذا الخلع بناء على مضارته لها لتفتدى نفسها منه لزمه الطلاق ويرد لزوجته العوض فهم اذن يقصرون أثر النهى هنا على عدم جواز أخذ شيء من المرأة بسبب مضارته لهـا والضرر لا يتقدر بحد وانما ذلك بقدر ما يعلم انه مضر بها من تكرار ايذائه لها وبناء على هذا يمضى عليه ما التزمه من طلاق ويرد ما يكون قد أخـذه منها ويقع الطلاق حينئذ بائنا لأنه أوقعه باختياره (٤) ٠

أما الأحناف فانهم يرون أنه لا يجوز للزوج أن يعضل زوجتـه ويؤذيهـا لتفتدى منه فان فعل ذلك وقع الطلاق ويكون عوض الخلع من حق الزوج قضاء الا انه يحرم عليه أخذه ديانة لأنهم يرون ان الحرمة ديانة ثابتة من الاجماع على حرمة أخذ المال بغير حق أما صحة أخذ العوض قضاء لأن النهى فى قوله تعالى : « ولا تعضلوهن » لا يقتضى الفساد لأنه لم يكن لذات الأخذ وانمـا كان لغيره وهو زيادة ايحاش الزوجة (٥) ٠

والذى يبدو لى - على ما أعتقـد - أن عضل الزوجة والتضييق عليهـا

---

(١) كشاف القناع ج ٣ ص ١٢٦ والمغنى ج ٨ ص ١٧٨ ، وبطلان الخلع عندهم بناء على أن النهى يقتضى الفسـاد الا أن يكون الخلع حينئـذ بلفظ الطلاق رجعيا لفساد العوض (الكشاف ج ٣ ص ١٢٧) ٠

(٢) المهذب ج ٢ ص ٧١ وحاشية القليوبى ج ٣ ص ٣٠٨ ويقع الطلاق فى هذه الحالة رجعيا لعدم استحقاقه العوض وقال الشافعى لو خرج فى بعض ما تمنعه من الحق الى ايذائهـا بالضرب أجزت ذلك له لأن النبى صلى الله عليه وسلم قد أذن لثابت أن يأخذ الفدية من حبيبة وقد نالها بالضرب (يراجع الأم ج ٥ ص ١٧٩) ٠

(٣) مواهب الجليل ج ٤ ص ٣٤ والخرشى ج ٤ ص ٢١ والبـاجى ج ٤ ص ٦٤ ، ٦٥ ٠

(٤) الباجى ج ٤ ص ٦٤ ، ٦٥ ٠

(٥) فتح القدير ج ٣ ص ٢٠٢ ، ٢٠٣ والبحر الرائق ج ٤ ص ٨٣ ٠

لاجبارها على دفع الفدية فى مقابل طلاقها حرام لنهى القرآن عن ذلك والنهى يقتضى الفساد كما قال بذلك بعض الفقهاء ٠

ويجب على الزوج أن يرد ما أخذ من العوض فان امتنع من ذلك التجأت الى القضاءليجبره على أداء ما أخذ منها بغير حق ٠

رأى الفريق القائل بأن أخذ العوض مقيد :

يرى هذا الفريق من الفقهاء وهم الظاهرية (١) والزيدية (٢) والشيعة الامامية (٣) ورواية عن الامام أحمد (٤) ٠

ان أخذ العوض من الزوجة فى الخلع مقيد بأن تكون الزوجة كارهة خلق أو خلق زوجها وتخاف حينئذ أن لا تؤدى حقه فان افتدت نفسها بشىء من مالها جاز وللزوج أخذه وكذلك الأمر اذا خافت بغض الزوج لها وعدم توفيته حقها ٠ وهذا لا يتحقق الا اذا وجد شقاق بينهما وتكون الزوجة هى المتسببة فيه لنشوزها ـ فان انتفى هذا القيد بأن كان النشوز من قبل الزوج (٥) أو كان الخلع بتراضيهما فلا يجوز للزوج أخذ العوض ٠

واستدلوا لذلك بالكتاب والسنة ٠

أولا ـ الكتاب :

قال تعالى : « ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا الا أن يخافا

---

(١) المحلى جـ ١٠ ص ٢٣٥ ٠

(٢) البحر الزخار جـ ٣ ص ١٧٧ ، ١٧٨ والتاج المذهب جـ ٢ ص ١٧٧ ، ١٧٨ وقال صاحب التاج وهو قول الهادى والقاسم والناصر وهو المختار للمذهب ٠

(٣) أصل الشيعة وأصولها ص ٢٠٥ والمختصر النافع ص ٣٠٢ وشرائع الاسلام ص ٢٢١ ٠

(٤) المغنى جـ ٨ ص ١٧٧ ، والمحرر جـ ٢ ص ٤٤ ٠

(٥) وفى رواية عن المؤيد بالله أنه يحل أخذ العوض اذا كان الخلع بالتراضى من غير كراهة ولا نشوز لقوله تعالى : « فان طبن لكم عن شىء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا » ولم يفصل (يراجع البحر الزخار جـ ٣ ص ١٧٨) ٠

ألا يقيما حدود الله فانْ خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به » .

وجه الاستدلال بهذه الآية ان ظاهرها يدل على أن الخلع لا يجوز من غير كراهة ونشوز من الزوجة ومما يؤيد ذلك ما قاله ابن عباس فى قوله تعالى : « الا أن يخافا ألا يقيما حدود الله » هو أن يظهر من المرأة النشوز وسوء الخلق بغضا للزوج (١) وعن عروة أنه قال : لا يحل الفداء حتى يكون الفساد من قبلها وبذلك قال جابر بن زيد (٢) وبهذا يثبت أن أخذ العوض مقيد بنشوز الزوجة وبغضها لزوجها وقد اعترض على هذا الاستدلال بعدم صلاحيته للاحتجاج به لأن الله تعالى لم يذكر قوله تعالى : « فان خفتم ألا يقيما حدودالله » على سبيل القيد بل ذكره على أنه الغالب من أحوال الخلع ومما يؤيد هذا قوله : « فان طبن لكم عن شىء منه نفسا » وبهذا يثبت جواز أخذ العوض من غير نشوز الزوجة اذا تمّ الخلع برضاهما (٣) .

وقد أجيب عن هذا الاعتراض . بأنه مخالف لظاهر الآية وللسنة الثابتة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولما أجمع عليه عامة أهل العلم . وبهذا يبطل الاعتراض ويصبح الدليل صالحا للاحتجاج به (٤) .

ولقائل أن يقول ان شرط الآية فى عدم حل أخذ العوض فى الخلع بألا يخافا ألا يقيما حدود الله انما يظهر اذا كان ذلك العوض مما تجبر المرأة على دفعه للافتداء به فأما ان كان بالتراضى منهما ولو بغير خوف ألا يقيما حدود الله فذلك لا يمنع منه مانع فان الأصل فى كل مالك أن له أنْ يتصرف فى ماله برضاه كما هو مقتضى قوله صلى الله عليه وسلم (لا يحل مال امرىء

---

(١) البحر الزخار جـ ٣ ص ١٧٧ ومجمع البيان جـ ٢ ص ١٣٨ وشرائع الاسلام ص ٢١٧ .
(٢) الطبرى جـ ٢ ص ٢٨١ .
(٣) ابن العربى جـ ١ ص ٨٢ .
(٤) القرطبى جـ ٣ ص ١٣٧ .

مسلم الا بطيب من نفسه) وحيث طابت نفس المرأة بالبذل وطابت نفس الرجل بالقبول فلا شيء فيه لأنه اذا كان له أن يقبل من غير أن يبذل كان له بالأولى أن يقبل مع البذل ٠

ثانيا - السنة :

جاء فى صحيح البخارى (١) عن عكرمة عن ابن عباس ٠ أن امرأة ثابت ابن قيس أتت النبى صلى الله عليه وسلم فقالت : يارسول الله ثابت بن قيس ما أعتب عليه فى خلق ولا دين ولكنى أكره الكفر فى الأسلام فقال صلى الله عليه وسلم : أتردين عليه حديقته ؟ قالت : نعم قال صلى الله عليه وسلم : اقبل الحديقة وطلقها تطليقة ٠

وجه الاستدلال بهذا الحديث ٠ أنه يدل بظاهره على أن أخذ العوض فى الخلع مقيد ببغض الزوجة لزوجها فان انتفى هذا القيد فلا يحل للزوج أن يأخذ العوض وبهذا يثبت ان أخذ العوض مقيد بنشوز الزوجة ٠

ويمكن الجواب عن هذا الاستدلال بأنه انما ورد فى حالة ما اذا كان الزوج ممسكا لزوجته بقصد أخذ العوض منها فأما اذا كان بتراضيهما بلا قصد الاضرار بها فلا مانع من أخذ العوض حينئذ وبهذا يبطل الاستدلال ٠

ثانيا - نوع العوض ومقداره :

لا خلاف بين الفقهاء فى أن ما صح أن يكون مهرا فى النكاح صح أن يكون عوضا فى الخلع سواء أكان هذا العوض قيميا أم مثليا أم منفعة (٢) الا أنهم

---

(١) صحيح البخارى بشرح الكرمانى ج ١٩ ص ١٩٦ ٠

(٢) هل يشترط فى عوض الخلع ما يشترط فى المهر أم أن بعض العوض فى الخلع لا يصلح أن يكون مهرا ٠ وللاجابة على هذا ٠ نقول : ان ما جاز أن يكون عوضا للمتقوم جاز من باب أولى أن يكون عوضا لغير المتقوم ٠ لأن البضع حالة الخروج لا يكون متقوما وهذا الأمر لا ينعكس كليا ٠ لأن بعض =

قد اختلفوا فى مقدار العوض الذى يحل للزوج أخذه من زوجته فى مقـــابل خلعها على أربعة مذاهب ·

أولا - مذهب الأحنــاف :

ذهب الأحناف الى التفريق بين ما اذا كان النشوز من جانب الزوج أو من جانب الزوجة فاذا كان النشوز من جانب الزوج فلا يحل له أن يأخذ منزوجته

ما جاز أن يكون عوضا فى الخلع جاز أن يكون مهرا فى النكاح · أما البعض الآخر فلا يجوز أن يكون مهرا كما لو كان العوض أقل من عشرة دراهم أو كان على ما فى يدها أو على أمتها أو دابتها · وبنـاء على هـذا فقـــد اختلف الفقهاء فى جواز الخلع اذا كان العوض مجهولا · فالأحناف : يرون جواز الخلع على ما فى بطن الأمة والدابة التى تملكها المختلعة الا أنه لا يجوز أن يكون مهرا للجهالة فاذا لم يكن فى بطن الامة أو الدابة شىء حالة الخلع فلا شىء للزوج · وما حدث بعدالخلع يكون لها لأنها غير غارة له اذ ما فى البطن لم يتعين كونه مالا اذا ظهر لجواز أن يكون ريحـــا أو ميتة وحينئذ لا يلزمهـا شىء ويقع الطلاق بائنا · وبذلك قال المالكية والقاضى من الحنابلة · وقال أبو الخطاب من الحنابلة له المسمى · وقال الشافعية له مهر مثلها وبذلك قال ابن عقيـل (يراجع فتح القـدير جـ ٣ ص ٢٠٧ ومجمع الأنهـر جـ ١ ص ٤٤٨ والشرح كبير جـ ٢ ص ٣٤٨ والخرشى جـ ٤ ص ١٣ ونهاية المحتاج جـ ٦ ص ٣٩٢ والأم جـ ٥ ص ١٨٣ والمغنى جـ ٨ ص ١٨٩ ، ١٩٠) · وأما الظـاهرية والاماميــة فيرون أن الخلع على مجهـــول باطل لأنه لا يدرى هو ما يجب له عندها ولا تدرى هى ما يجب عليها · وبناء على هـذا لم يقع الطـــلاق أصلا (يراجع المحلى جـ ١٠ ص ٢٤٣ ، ٢٤٤ وشرائع الاسلام ص ٢١٨) ·

ويرى المالكية جواز الخلع على حيوان أو عرض أو مثلى غير موصوف أو ثمرة لم يبد صلاحها أو عبـــد آبق ويكون للزوج حينئـــذ الوسط من جنس ما خالعت به (يراجع الشرح الكبير جـ ٢ ص ٣٤٨ والخرشى جـ ٤ ص ١٣)· وقال الشافعى : اذا خالعها على عبد آبق أو طائر فى السماء أو حوت فى الماء أو على ثمرة لم يبد صلاحها فالطلاق واقع ويرجع عليها بمهر مثلها لأن الخلع عقد على منفعة بضع فلم يفسد بفساد عوضه ورجع الى مقابله كالنكاح (الأم جـ ٥ ص ١٨٣ ونهاية المحتاج جـ ٦ ص ٣٩٢) وقال الامام أحمد : اذا خالعها على ما يثمر نخلها فالخلع جائز فان لم يحمل نخلها ترضيه بشىء · وقال القاضى : لا شىء له وتأول قول أحمد على الاستحباب لأنه لو كان واجبا لتقدر بتقدير يرجع اليه وقال أبو الخطاب : له المسمى (المغنى جـ ٨ ص ٢٩٠) ·

عوضا فى مقابل خلعها ٠ فان أخذ جاز ذلك فى القضاء وأثم ديانة وحجتهم فى ذلك قوله تعالى : « وان أردتم اســتبدال زوج مكان زوج وأتيتم احــداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتانا واثما مبينا » وقوله تعــالى : « ولا تعضلوهن » فقد دلت هذه الآية على عدم حل أخذ العوض فى مقابل الخلع اذا كان النشوز من قبل الزوج بدليل الآية الأولى فان أخذ جاز ولزم العوض لأن الزوج أسقط ملكه عنها بعوض رضيت به والزوج من أهل الاسقاط والمرأة من أهل المعاوضة والرضى لذا جاز الأخذ فى الحكم والقضاء (١) ٠

أما اذا كان النشوز من قبل المرأة فللزوج أن يأخذ منها مقدار ما ســاق اليها من الصداق فى مقابل خلعها ٠ وحجتهم فى ذلك قوله تعالى : « فلا جناح عليهما فيما افتدت به » فهذه الآية تدل على اباحة أخذ العوض عند خوفهمــا ترك اقامة حدود الله فيباح الزوج حينئذ أخذ ما أعطاها واذا أبيح له بمقتضى الآية أن يأخذ العوض مع خوفه ألا يقيم هو حدود الله كان له بالأولى اذا لم يخف ألا يقيم حدودالله وخافت هى فان السبب المجيز لأخذ العوض هو خوفها من ألا تقيم هى حدود الله مع زوجها فمتى تحقق ذلك سواء أكان من جانبهــا فقط أو من جانب الزوج معها حل له أخذ العوض ومقتضى الآية ألا طــلاق فى العوض فان أراد أن يأخذ منها زيادة عما أعطاها ففى ذلك روايتان : احداهما : أن أخذ الزيادة مكروه ووافقهم فى ذلك أحمد فى روايته عمــلا بحديث جميلة بنت أبى بن سلول حيث جاء فى آخره أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « أتردين عليه حديقته ؟ » قالت : نعم وزيادة ٠ فقال النبى صلى الله عليه وسلم : أما الزيادة فلا ٠ فقد دل هــذا الحديث على أن أخذ الزيادة لا يجوز لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن ذلك ٠

والرواية الثانية : أنه لا بأس بأخذ الزيادة ٠ عملا باطلاق قوله تعالى :

---

(١) البدائع جـ ٣ ص ١٥٠ والمبسوط جـ ٦ ص ١٨٣ ٠

« فلا جناح عليهما فيما افتدت به » . وبمقتضى الاطلاق يجوز أخذ الزيادة . كما استدلوا أيضا بما روى أن امرأة ناشزة أتى بهـا لعمر رضى الله عنـه فحبسها ثلاثة أيام فى مزبلة ثم دعاها وقال : كيف وجدت مبيتك ؟ فقالت : ما مضت على ليال هن أقر لعينى من هذه الليالى لأنى لم أره فقال عمر رضى الله عنه وهل يكون النشوز الا هكذا اخلعها ولو بقرطها . قال قتادة : يعنى بما لها كله اذا كان النشوز من قبلها (١) .

فهذا الأثر يدل على جواز أخذ الزيادة اذ لا حد لأقله أو لأكثره كمـا روى عن ابن عباس انه قال : لو اختلعت بكل شيء لأجـزت ذلك فدل بذلك على جواز الخلع بأكثر مما ساق الى الزوجة . وأما الحديث الذى فيه « أما الزيادة فلا » فيجب أن يحمل على الارشاد الى ما هو الأحسن والأوفق بمكارم الاخلاق ولا يصح حمله على تحريم أخذ الزيادة لأن أقصى ما فيه أنه مرسل ولا يصح تقييد مطلق الآيات الدالة على الجواز به .

وبناء على ما تقدم اذا خلع الزوج زوجته على عوض والنشوز من جانبه أو خلعهـا على أكثر ممـا أعطـاها والنشوز من جانبهـا جاز ذلك فى الحـكم وان لم يسـعه نيمـا بينه وبين الله تعـالى وذلك من قبـل انها أعطته العوض عن طيب نفس منها غير مجبـرة عليه وقـد قال النبى صلى الله عليه وسلم لا يحل مال امرىء مسلم الا بطيبة من نفسه . كما أن النهى عن الأخذ فى قوله تعالى : « فلا تأخذوا منه شيئا » لم يتعلق بمعنى فى نفس العقد . وانما تعلق بمعنى فى غيره وهو انه لم يعطها مثل ما أخذ منهـا ولو كان قد أعطاها مثل ذلك لما كان الأخذ مكروها » (٢) .

ثانيا - مذهب الجمهـور :

لم يفرق جمهور الفقهاء (٣) فى حل أخـذ العوض مقـابل خلع - بين

---

(١) الكشاف ج ١ ص ١٣٩ والطبرى ج ٢ ص ٢٨٧ .

(٢) الجصاص ج ١ ص ٤٦٧ .

(٣) الباجى ج ٤ ص ٦٥ والمهذب ج ٢ ص ٧٣ ونهاية المحتاج ج ٦ ص ٣٩١ والمغنى ج ٨ ص ١٧٥ .

ما اذا كان النشوز من جهة الزوج أو الزوجة ٠ وبناء على هذا فانه يحل للزوج أن يأخذ من زوجته عوضا مقابل خلعها سواء أكان ذلك العوض مساويا لما ساق اليها من الصداق أم زايدا عن ذلك (١) ووافقهم على ذلك المؤيد بالله والامام يحيى من الزيدية (٢) وحجتهم فى ذلك قوله تعالى : « فلا جناح عليهما فيما افتدت به » فهذه الآية عامة فى الجنس والقدر فدلت بعمومها على جواز أخذ الزيادة ٠ ومن جهة المعنى فانّ الخلع معاوضة فى ارسال ما يملكه الزوج فلم يكن عوضها مقدرا (٣) وأيضا فانه اذا حل للزوج أن يأكل ما طابت به نفس الزوجة من غير فراق حل له أيضا من باب أولى أن يأكل ما طابت به نفسا ويأخذه عوضا فى حال الخلع (٤) وبهذا يثبت جواز أخذ العوض قليلا كان أو كثيرا ٠

ثالثا ـ مذهب الظاهرية والامامية :

سبق أن بينا أنه لا يحل للزوج عند الظاهرية والشيعة الامامية أن يأخذ من زوجته عوضا فى مقابل خلعها الا اذا تحققت الكراهية منها فقط وحينئذ يحل للزوج أن يأخذ العوض سواء أكان مساويا لما ساق اليها أم كان زائدا عن ذلك (٥) وحجتهم فى ذلك عموم قوله تعالى : « فلا جناح عليهما فيما افتدت به » وقوله : « فان طبن لكم عن شىء منه نفسا فكلوه » فهذا العموم يدل على أخذ العوض سواء أكان قليلا أم كثيرا ٠

---

(١) الا أن مالكا قال ليس من مكارم الأخلاق ٠

(٢) البحر الزخار جـ ٣ ص ١٨٣ ٠

(٣) الباجى جـ ٤ ص ٦٥ ٠

(٤) الأم جـ ٥ ص ١٧٩ ٠

(٥) المحلى جـ ١٠ ص ٢٤٢ وشرائع الاسلام ص ٢١٧ ، ٢١٨ والمختصر النافع ص ٢٠٣ وأصل الشيعة وأصولها ص ٢٠٥ الا أن الامامية يرون أن أخذ الزيادة جائز فى الخلع فقط بخلاف المبارأة فلا يجوز فيها أخذ الزيادة ٠

رابعا - مذهب الزيدية (١) :

ذهب الهادوية (٢) والناصر من الزيدية (٣) الى أنه لا يحل للزوج أن يأخذ من زوجته عوضا فى مقابل خلعها زائدا عما ساق اليها من الصداق وبناء على هذا فانه لا يجوز الخلع عندهم الا بمقدار ما ساق اليها فقط ويحكى هذا عن عطاء وطاوس والزهرى واسحاق والأوزاعى وهو رواية أبى بكر من الحنابلة وحجتهم فى ذلك حديث أبى الزبير (٤) أن ثابت بن قيس بن شماس لما أراد خلع امرأته قال النبى صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته ؟ قالت : نعم وزيادة . فقال النبى صلى الله عليه وسلم أما الزيادة فلا .

فهذا الحديث يدل بنصه على أنه لا يحل للزوج أن يأخذ من زوجته أكثر مما أعطاها فى حال الخلع وبذا يكون أخذ الزيادة ممنوعا . وهو وان كان مرسلا الا أنه مسند فى رواية ابن جريج عن عطاء وقد أسنده ابن الوليد الا أنه مسند من رواية أخرى .

الترجيح :

الذى نراه بعد استعراض الأدلة السابقة لكل مذهب أنه يجب تقييد جواز أخذ العوض بما اذا لم يكن من الزوج عضل للمرأة حتى تبذل العوض سواء أكان العوض المبذول بمقدار ما ساق اليها أو أقل أو أكثر عملا بقوله تعالى : « ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن » فانه يدل على أنه يحرم مضارة المرأة بامساكها أو نحو ذلك قصد افتدائها فضلا عن أن تدفع أكثر مما أصدقت فأما ان كان برضاها سواء أكان منها نشوز أم منهما فلا مانع

---

(١) سبق أن بينا أن أخذ العوض عند الزيدية مقيد بنشوز الزوجة فقط .

(٢) الروض النضير جـ ٤ ص ١٦٩ .

(٣) البحر الزخار جـ ٣ ص ١٨٣ .

(٤) الروض النضير جـ ٤ ص ١٦٨ .

من أخذ العوض سواء أكان قدر الصداق أو أكثر منه عملا بقوله تعالى : « وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا » . فان هذا يعم ما اذا كان منها أو منهما نشوز وما اذا كان منه نشوز ولكن لا يقصد العضل لأخذ الافتداء كما يعم ما اذا كان الصلح بمال أو بغيره وان كان أخذ أكثر مما ساق اليها ليس من مكارم الأخلاق .

المبحث الثالث

نوع الفرقة الواقعة بالخلع

اختلف الفقهاء فى نوع الفرقة المترتبة على الخلع اذا استوفى شروطه هل هى طلاق أم فسخ على فريقين : فريق يرى أن الفرقة طلاق والفريق الآخر يرى أنها فسخ وليس بطلاق .

أولا - رأى الفريق القائل بأن الفرقة طلاق :

يرى الأحناف (١) والمالكية (٢) والشافعية فى أصح القولين عندهم (٣) ورواية عن الحنابلة (٤) أن الفرقة المترتبة على الخلع طلاق بائن وبذلك قال الزيدية والشيعة الامامية (٥) لأن المقصود من الخلع ازالة الضرر وخروج الزوجة من قبضة زوجها وسلطانه عليها فلو لم يكن الطلاق بائنا لملك الزوج مراجعتها وعاد الضرر مرة أخرى . وخالف ابن حزم (٦) فى ذلك حيث يرى أن الفرقة

---

(١) فتح القدير جـ ٣ ص ١٩٩ والمبسوط جـ ٦ ص ١٧١ .

(٢) شرح أبى الحسن جـ ٢ ص ٩٣ والمدونة جـ ٢ ص ٢٣١ .

(٣) نهاية المحتاج جـ ٦ ص ٣٩٧ والأم جـ ٥ ص ٣٨١ وفى ذلك يقول جلال الدين السيوطى فى الأشباه والنظائر ص ٣٤٩ والأظهر أن الخلع طلاق .

(٤) كشاف القناع جـ ٣ ص ١٢٨ والمحرر جـ ٢ ص ٤٥ .

(٥) البحر الزخار جـ ٣ ص ١٧٨ والتاج المذهب جـ ٢ ص ١٩٣ ويرى الزيدية انه فى حال اختلال قيد من القيود المعتبرة فى الخلع يقع الطلاق حينئذ رجعيا (يراجع التاج المذهب جـ ٢ ص ١٩٤) وشرائع الاسلام ص ٢١٧ .

(٦) المحلى جـ ١٠ ص ٢٤٠ وفى ذلك يقول ابن حزم قد بين الله حكم الطلاق بقوله تعالى : « الطلاق مرتان » وأن بعولتهن أحق بردهن فلا يجوز خلاف ذلك .

المترتبة على الخلع طلاق رجعى لأن الطلاق لا يكون بائنا الا فى موضعين أحدهما طلاق الثلاث مجموعة أو مفرقة والثانى طلاق غير مدخول بها ولا مزيد على ذلك ٠

وقد استدل هذا الفريق بالسنة والمعقول ٠

أولا - السـنة :

جاء فى البخارى (١) عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله عنهما أن امرأة ثابت بن قيس بن شماس أتت النبى صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول‌الله ان ثابت بن قيس ما أعتب عليه فى خلق ولا دين ولكنى أكره الكفر فى الاسلام فقال النبى صلى الله‌عليه وسلم : أتردين عليه حديقته ؟ قالت : نعم ٠ قال النبى صلى الله عليه وسلم : اقبل الحديقة وطلقها تطليقة ٠

وجه الاستدلال بهذا الحديث أنه يدل بنصه على أن الخلع طلاق وليس بفسخ لأن قول النبى صلى الله عليه وسلم لثابت اقبل الحديقة وطلقها تطليقة يدل على خلعه اياها بأمر الشارع كان طلاقا كما أنه جاء فى بعض روايات هذا الحديث « خل سبيلها » وفى بعضها « فارقها » ومن المعلوم أن من قال لامرأته قد فارقتك أو خليت سبيلك ونيته الفرقة انه يكون طلاقا ٠ ومما يؤيد هذا ما روى عن عمر وعلى وعثمان وابن مسعود والحسن وأبى سلمة وشريح وابراهيم والشعبى ومكحول ان الخلع تطليقة بائنة (٢) وما روى عن سعيد ابن المسيب انه قال جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة (٣) ٠

---

(١) صحيح البخارى بشرح الكرمانى ج ١٩ ص ١٩٧ ٠
(٢) الجصاص ج ١ ص ٤٦٨ والقرطبى ج ٣ ص ١٤٣ والألوسى ج ١ ص ٤٣٤ وابن العربى ج ١ ص ٨٢ ٠
(٣) المغنى ج ٨ ص ١٨٠ ، ١٨١ ٠

ثانيا ـ المعقـــول :

استدل هذا الفريق بالمعقول ٠ وهو أن الزوج قد أخذ عوضا على ارســال ما يملكه والذى يملك انما هو الطلاق دون الفسخ وبناء على هذا يكون الخلع طلاقا وأيضا لو كان الخلع فسخا لما صح بالزيادة على المسمى كالاقالة فى البيع وقد صح الخلع بالزيادة على ما ساق اليها فيكون الواقع به طلاقا لا فسخا (١) ٠

رأى الفريق القائل بأن الفرقة بالخلع فسخ :

ذهب الى هذا القول الشافعى فى أحد قوليه (٢) وأحمد فى روايةاختارها أبو بكر من أصحابه وهذا القول مروى عن ابن عباس وطاوس وعكرمة واسحاق وأبى ثور (٣) ٠

وقد استدل هذا الفريق بالكتاب والسنة ٠

أولا ـ الكتـــــاب :

قال تعالى : « الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما أتيتموهن شيئا الا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فان خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون ٠ فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » ٠

وجه الاستدلال بهاتين الآيتين : ان الله جل شأنه ذكر الطلاق هنـــا مرتين : الأولى ذكر فيها الطلاق الرجعى مع بيان كونه مفرقا على دفعتين ثم

---

(١) الباجى جـ ٤ ص ٦٧ والنيسابورى جـ ٢ ص ٣٦٤ ٠
(٢) نهاية المحتاج جـ ٦ ص ٣٩٧ والوجيز جـ ٢ ص ٤٨ ٠
(٣) المغنى جـ ٨ ص ١٨٠ والمحرر جـ ٢ ص ٤٥ ٠ وقد جاء فى المحرر ص ٤٥ : وعنه بلفظ الخلع والمفاداة والفسخ فسخ وعنه ان نوى به الطـــلاق فهـو طلاق والا فهو فسخ وهو الأصح ٠

ذكر فى المرة الثانية الطلاق الثالث والأخير وهو الذى تحرم به الزوجة على زوجها ولا تحل له الا بعد زوج آخر ٠ وبين هذين ذكر الافتـــداء ٠ فلو كان طلاقا لكان الطلاق الذى تحرم به المرأة على زوجها هو الطلاق الرابع وهذا غير جائز لمخالفته للاجماع على أن الطلقة الثالثة تحرم الزوجة على مطلقهـا حتى تنكح زوجا غيره فدل ذلك على أن الخلع فسخ وليس بطلاق (١) ٠

وقد اعترض على هذا الدليل بأنه غيـــر مسلم (٢) لأن الله جل شأنه بين فى هاتين الآيتين الطـلاق الذى يملكه الزوج وحدده بثلاث ثم ساق الخلع عقب قوله « الطلاق مرتان » وهذا يدل على أن الطلاق قد يكون بغير عوض وهو الأصل كما قد يكون بعوض متى خيف عدم اقامة حدود الله بينهما ولا سبيل لفصل الخلع عن التطليقتين التى عبر الله عنهما بقوله « الطـلاق مرتان » لأنه قد يحصل الخلع فى احداهما ٠ وبهذا يبطل الاحتجاج بهـــذا الدليل لتطرق الاحتمال اليه ٠

ثانيا - السـنة :

روى عن ابن عباس رضى الله عنهمـــا (٣) انه قال : ان امرأة ثابت ابن قيس اختلعت منه فجعل النبى صلى الله عليه وسلم عدتها حيضة ٠

وجه الاستدلال بهذا الدليل أنه يدل على أن الخلع فسخ اذ لا يترتب عليه وجوب العدة وانما يترتب عليه الاستبراء بحيضة ودليل ذلك أن النبى صلى الله عليه وسلم جعل عدتها حيضة ولو كان الخلع طـلاقا لاستوجب العدة لقوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » ٠

---

(١) الجصاص جـ ١ ص ٤٦٩ ٠
(٢) الزيلعى جـ ٢ ص ٢٦٨ ٠
(٣) مختصر سنن أبى داود جـ ٣ ص ١٤٤ ونيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٦١ طبعة الحلبى ٠ روى هـذا الحديث أبو داود والترمذى وقال حديث حسن غريب ٠

وقد اعترض على هذا الدليل بأنه غير مسلم لأن اعتداد المختلعة بحيضة واحدة وان دلت عليه بعض الآثار فهى غير قوية لأن أمر النبى لها بالاعتداد بحيضة قد تقدم ان الترمذى قال فيها ان الثابت أنه صلى الله عليه وسلم أمرها أن تعتد فقط وأما قوله بحيضة فلم تثبت ولم يتابع عليها راويها فلا يصلح الاحتجاج به وأما بقية الآثار فهى متعارضة فلا حجة فيها ويجب الرجوع الى الأصل وهو أن المختلعة تعتد كعدة المطلقة لا سيما بعد تصريحه فى الحديث الصحيح انه قال له طلقها تطليقة أو أمره بتطليقها كما رواهما البخارى وعلى فرض تسليم أنه أمرها أن تعتد بحيضة فلا يدل على أن الخلع فسخ كما يقولون (١) .

الترجيح :

نحن نرى على ضوء ماسبق أن الرأى الراجح هنا هو رأى جمهور الفقهاء القائل بأن الخلع طلاق بائن عملا بقول النبى صلى الله عليه وسلم لثابت ابن قيس اقبل الحديقة وطلقها تطليقة . وقد جاء فى بعض الروايات الواردة فى نفس الحادثة أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت من زوجها فهذا يدل على أن هذا النوع من الطلاق يسمى خلعا ويكون بائنا لأن معنى الافتداء لا يتحقق الا اذا كان الزوج لا يملك على زوجته المراجعة .

---

(١) القرطبى جـ ٣ ص ١٤٥ . وتهذيب ابن القيم على مختصر سنن أبى داود جـ ٣ ص ١٤٥ .

الفصل الرابع

فى الإشهاد على الطلاق (١)

اختلف الفقهاء فى وجوب الاشهاد على الطلاق وعدم وجوبه الى فريقين: فريق يرى أن الاشهاد مندوب اليه وليس بواجب لأن وقوع الطلاق عنـــده لا يتوقف على وجود هذا القيد ٠

أما الفريق الآخر فانه يرى أن الاشهاد واجب ٠ الا أن بعض فقهاء هذا الفريق كالامامية يرون أن هذا القيد شرط فى صحة الطلاق ومعنى هذا أن وقوع الطلاق يتوقف على تحقق هذا القيد ٠ وخالف فى ذلك ابن حزم حيث يرى أن هذا القيد واجب الا أن من طلق ولم يشهد على طلاقه يلزمه الطـلاق ويكون متعديا لحدود الله تعالى ٠

والسبب فى اختلاف الفقهاء فى ذلك راجع الى اختلافهم فى فهم النص القرآنى وهو قوله تعالى : « فاذا بلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف ٠ وأشـــهدوا ذوى عـــدل منكم وأقيموا الشـــهادة لله » فرأى بعض الفقهاء أن الأمر بالاشهاد فى الآية راجع الى الطلاق ورأى البعض الآخر منهم انه راجع الى المراجعة فقط ورأى بعضهم انه راجع اليهما معا لذا فقد اختلفت مذاهبهم ٠

---

(١) الشهادة لغة الاطلاع والمعاينة يقال شهد فلان الشىء أى اطلع عليه وعاينه والجمع اشهاد وشهود مثل شريف واشراف وقاعد وقعود ٠٠ وشهد بالله حلف ٠٠ وشهدت المجلس حضرته فهو شاهد وشهيد وشهد بكذا أخبر به ولهذا قال ابن فارس الشهادة الاخبار بما شوهد (المصباح المنير)

والشهادة فى الاصطلاح هنا هى الاخبار بما قد شوهد من ايقاع الزوج الطلاق على زوجته ٠

رأى الفريق القائل بالندب :

يرى هـذا الفريق من الفقهاء ــ وهم الجمهـور (١) ــ أن الاشـــهاد على الطلاق مندوب اليه وليس بواجب احتياطا لهمـا ونفيا للتهمة عنهما لئـلا يقع التجاحد بينهما فقد يموت أحدهما فيدعى الآخر الارث ٠ وبنـاء على هـــذا فان الفرقة تصح وان لم يشهد عليها لأن الاشهاد ليس شرطا فيها وللمطلق أن يشهد على الطلاق بعد ايقاعه ٠

جاء فى سنن البيهقى (٢) عن ابن سيرين أنّ عمران بن حصين رضى الله عنه سئل عن رجل طلق امرأته ولم يشهد وراجع ولم يشهد قال عمران : طلق فى غير عدة وراجع فى غير سنة فليشهد الآن ٠ قال صاحب الجوهر النقى (٣) : ظاهر هذا الحديث ان الاشهاد ليس بواجب لأنه جعله مراجعا وان ترك السنة قال الطحاوى ولا نعلم له مخالفا من الصحابة وقد روى بســـنده عن ابراهيم والشعبى قالا : اذا جامع ولم يشهد فهى رجعة ٠

---

(١) فتح القدير وشرح العنـاية عيه جـ ٣ ص ١٦٣ والزيلعى جـ ٢ ص ٢٥٢ والمبسوط جـ ٦ ص ١٩ ومواهب الجليل والتاج والاكليل عليه جـ ٤ ص ١٠٥ ومقدمات ابن رشد جـ ٢ ص ٢٤٩ ونهاية المحتاج جـ ٧ ص ٥٥ ٠ يرى الأحناف أن الاشهاد على الرجعة مستحب وهـذا القول هو المشهور عنـــد المالكية اذ لو وجب لما صحت الرجعة بدونه ٠ وهو قول الشافعى فى الجديد ٠ وقال فى القديم ان الاشـــهاد على الرجعة واجب لظـــاهر قوله تعـــالى : « فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف واشهدوا ذوى عدل منكم » أى على الامساك الذى هو الرجعة وقـــد مال الى القول بالوجوب من المالكيـة ابن عرفة فقد جاء فى التـاج والاكليل على مواهب الجليـل جـ ٤ ص ١٠٥ : « جاء فى المدونة من طلق زوجته فليشهد على طلاقه وعلى رجعته ٠ وقال مالك فيمن منعت نفسها وقد ارتجع حتى يشهد قد أصابت » ابن عرفة « هذا دليل على وجوب الاشهاد ٠ يراجع البحر الرائق جـ ٤ ص ٥١ والمدونة جـ ٢ ص ٣٢٤ والمقدمات عليها ص ٢٤٩ والمهذب جـ ٢ ص ١٠٣ والأم جـ ٥ ص ٢٢٦ و ٢٢٧ ٠

(٢) سنن البيهقى جـ ٧ ص ٣٧٣ والمدونة جـ ٢ ص ٢٢٥ ٠

(٣) الجوهر النقى على سنن البيهقى جـ ٧ ص ٣٧٣ ٠

وقد استدل هذا الفريق بالكتاب والمعقول ٠

أولا - الكتـــــاب :

قال تعـالى : « فاذا بلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوى عدل منكم وأقيموا الشهادة لله » (١) ٠

وجه الاستدلال بهذه الآية :

يرى هذا الفريق من الفقهاء أن الأمر بالاشهاد فى الآية محمول على الندب بقرينة انه لم يؤثر عن النبى صلى الله عليه وسلم ان الاشهاد قيد معتبر لوقوع الطلاق على الرغم من كثرة ما وقع من حوادث الطلاق فى عهده كما ورد فى طلاق عبد الله بن عمر وركانة وفاطمة بنت قيس ومع هذا فانه لم يسأل المطلق هل أشهدت على طلاقك أم لا ٠ ولو كان لنقل الينا لأنه من الأمور المتكررة الوقوع ، لكنه لم ينقل ٠ فدل ذلك على أن الأمر بالاشهاد فى الآية انمـــا هو للندب والارشاد تبريا عن الريبة وقطعا للنزاع ولأن الله جل شـــأنه ذكر فى الآية الامساك أولا ثم الفراق ثانيا وعقب ذلك بذكر الاشهاد فقـــد قرن الرجعـة بالمفارقة ثم أمر بالاشهاد عليهما بلفظ واحد والاشهاد على الطلاق ليس قيـدا فيه (٢) عند هذا الفريق فكـذا فى الرجعـة لاستحالة ارادة معنيين مختلفين بلفظ واحد ٠ وقـــد قال بذلك جمهـــور المفسرين كالألوسى والزمخشـرى

---

(١) الآية رقم ٢ من سورة الطلاق ٠

(٢) فى ذلك يقول ابن تيمية فى الفتاوى ج ٣ ص ٥٢ : قوله تعالى : « وأشهدوا » أمر بالاشهاد على الرجعة والاشهاد عليها مأمور به باتفاق الأمة قيل أمر ايجاب وقيل أمر استحباب وقد ظن بعض الناس أن الاشهاد هـو على الطلاق وظن أن الطلاق الذى لا يشهد عليه لا يقع وهذا خلاف اجمـــاع السلف وخلاف الكتاب والسنة ولم يقل أحد من العلمـاء المشهورين به فان الطلاق اذن فيه أولا ولم يأمر فيه بالاشهاد وانمـا أمر بالاشهاد حين قال : « فـــاذا بلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف » والمـراد بالمفارقة تخلية سبيلها اذا قضت العدة ٠ وهذا ليس بطلاق ولا رجعـة ولا نكاح فعلم أن الاشهاد انما هو فى الرجعة ٠

والقرطبى (١) وقد اعترض على هذا الاستدلال بعـدم صلاحيته للاحتجـاج به على المدعى لأن الأصل فى الأمر اذا كان مطلقـــا عن القـــرائن أن يكون للوجوب لأنه مدلوله الحقيقى وهذا هو رأى أكثر الأصوليين ولا ينصـرف عن الوجوب الا بقرينة ولا قرينة هنا تصرفه عن الوجوب بل القرائن هنا تؤيد أن الأمر للوجوب وذلك لأن الطلاق عمل استثنائى يقوم به الرجل وحده دون التوقف على رضى المرأة ويترتب عليه حقوق للرجل قبل المرأة وحقوق للمرأة قبل الرجل فالاشهاد على الطلاق يرفع احتمال جحد هذه الحقوق ويثبت لكل حقه ٠

وما ذكروه من عدم سؤال النبى صلى الله عليـــه وسلم للمطلقين هل أشهدوا أم لا ٠ لا يصلح قرينة على صرف الأمر من الوجوب الى النـدب لأن عدم السؤال يحتمل أنه كان لعلمه بوجود الاشهاد أو لأن اقرار المطلق أمامه بالطلاق يعتبر قائما مقام الاثبات وبهذا يبطل الاحتجاج بالدليل ٠

ثانيا _ المعقـــول :

ومن أدلة هـذا الفريق المعقول ، فقد قاس الاشهاد على الطـلاق فى قوله تعالى : « وأشهدوا ذوى عدل منكم » على الاشهاد على البيع فى قوله تعالى : « وأشهدوا اذا تبايعتم » بجامع عدم التجاحد وقطع النزاع فى كل ٠ قالوا : والاشهاد على البيع مندوب اليه بالاجماع فكذلك الاشهاد على الطلاق ٠ وبذلك يثبت أن الاشهاد على الطلاق مندوب اليه (٢) وقد اعترض على هذا الاستدلال بعدم صلاحيته للاحتجاج به لأنه قياس مع الفارق وذلك لأن البيع اتفاق بين

---

(١) الألوسى جـ ٩ ص ٩٦ والكشـاف جـ ٤ ص ١٠٩ والقرطبى جـ ١٨ ص ١٥٧ ٠

(٢) شرح العناية على الهداية جـ ٣ ص ١٦٣ والمبسوط جـ ٦ ص ١٩ ، والقرطبى جـ ١٨ ص ١٥٧ والألوسى جـ ٩ ص ٩٦ ٠

طرفين بخلاف الطلاق فانه تصرف من جانب واحد بارادته المنفردة وهذا هو الأصل فيه على أن من العلماء من قال بوجوب الاشهاد على البيع كابن حزم فدعوى الاجماع لا تتم . وبذلك يبطل الاستدلال بهذا الدليل .

رأى الفريق القائل بوجوب الاشهاد :

ذهب هذا الفريق من الفقهاء ـ وهم الظاهرية والزيدية والامامية (١) الى القول بوجوب الاشهاد على الطلاق . الا أن ابن حزم (٢) يرى أن من طلق ولم يشهد على طلاقه يلزمه الطلاق ويكون متعديا لحدود الله تعالى بخلاف الامامية فانهم يرون أن حضور الشاهدين وسماعهما التلفظ شرط فى صحة الطلاق . فاذا لم يتحقق هذا القيد لم يقع الطلاق وتبقى الزوجية بينهما قائمة (٣) .

---

(١) المحلى جـ ١٠ ص ٢٥١ والبحر الزخار جـ ٣ ص ٢٠٧ وشرائع الاسلام ص ٢٠٨ والمختصر النافع ص ١٩٧ .

(٢) مراتب الاجماع ص ٧٢ وقد اختلف فقهاء هذا الفريق فى الاشهاد على الرجعة فالظاهرية والناصر من الزيدية يرون أن الاشهاد عليها واجب (يراجع المحلى جـ ١٠ ص ٢٥١ والبحر الزخار جـ ٣ ص ١٥٢) أما الشيعة الامامية فيرون أن الاشهاد عليها مستحب وليس بواجب (يراجع شرائع الاسلام ص ٢١١) .

(٣) تنبيه : يقول الأستاذ سلام مدكور فى كتابه أحكام الأسرة فى الاسلام جـ ٢ ص ٨٠ « يرى الظاهرية والشيعة الجعفرية وجوب الاشهاد على الطلاق بحيث اذا طلق دون أن يكون ذلك أمام شاهدى عدل فان الطلاق يكون لغوا لا اعتبار له ولا يترتب عليه أى أثر لأن الطلاق الذى يصلح أن يكون سببا هو ما كان أمام الشهود وهذا الرأى مروى عن الصحابى الجليل عبد الله بن عباس » أ هـ .

ونحن نرى أولا : ان الأستاذ الجليل قد أصاب فى النقل عن الشيعة الامامية أما الظاهرية فانه ـ على ما يبدو لى ـ قد اعتمد على عبارة المحلى وهى « وكأن من طلق ولم يشهد ذوى عدل أو راجع ولم يشهد ذوى عدل يكون متعديا لحدود الله تعالى وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد » الا أن ابن حزم قال فى مراتب الاجماع : « ولا نعلم خلافا فى أن من طلق ولم يشهد ان الطلاق له لازم ولكن لسنا نقطع

وقد استدل هذا الفريق بالكتاب والآثار ٠

أولا ـ الكتـــــاب :

قال تعالى : « فاذا بلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوى عدل منكم وأقيموا الشهادة لله » ٠

وجه الاستدلال بهذه الآية :

يرى ابن حزم (١) أن هذه الآية تدل على وجوب الاشهاد على الطلاق لأن الله عز وجل لم يفرق بين الراجعة والطلاق فى الاشهاد فلا يجوز أفراد بعض عن بعض وكأن من طلق ولم يشهد ذوى عدل أو راجع ولم يشهد ذوى عدل يكون متعديا لحدود الله تعالى ٠

وبهذا يثبت أن الاشهاد على الطلاق واجب لأن الأمر اذا كان مطلقا عن القرائن كان للوجوب وبهذا يقول أكثر الأصوليين ٠

على أنه اجماع (يراجع مراتب الاجماع لابن حزم ص ٧٢ » فهذه العبارة تدل على أن من طلق ولم يشهد يلزمه الطلاق عند الظاهرية فهم اذن يخالفون الشيعة الامامية حيث يرون لزوم الطلاق اذا تجرد عن الأشهاد ٠

ثانيا : أما قوله وهذا الرأى مروى عن الصحابى الجليل عبد الله ابن عباس **فأقول** : لم يثبت عن العلماء ما يدل على أن الصحابى الجليل قال بوجوب الاشهاد فقد جاء فى الطبرى (جـ ٢٨ ص ٨٨) عن معاوية عن على عن ابن عباس قال ان أراد مراجعتها قبل أن تنقضى عدتها أشهد رجلين كما قال الله تعالى : «« وأشهدوا ذوى عدل منكم » عند الطلاق وعند المراجعة ولم يبين الطبرى أن هذا الاشهاد واجب ٠ وجاء فى الجوهر النقى (جـ ٧ ص ٣٧٣) قوله : « وأشهدوا » قال ابن عباس أراد الرجعة والطلاق ذكره ابن عطية فى تفسيره والاشهاد على الطلاق ليس بواجب لأن الأمر للندب وبهذا يتبين أن رأى الصحابى فى الاشهاد أنه مستحب على الطلاق والرجعة٠ وهذا ـ على ما أعتقد ـ هو رأى ابن عباس لقول ابن حبان فى تفسيره (جـ ٨ ص ٢٨٢) وقال ابن عباس الاشهاد على الرجعة وعلى الطلاق يرفع عن النوازل أشكالا كثيرة ٠

(١) المحلى جـ ١٠ ص ٢٥١ ٠

وقد استظهر ذلك ابن حبان فى تفسيره (١) حيث قال : الظاهر وجوب الاشهاد على ما يقع من الامساك وهو الرجعة أو المفارقة وهى الطلاق وبهذا قال الطبرسى فى مجمع البيان (٢) حيث قال : اذا حملنا الأمر بالاشهاد على الطلاق كان للوجوب اذ هو من شرائط صحة الطلاق وهو المروى عن أئمتنا وقال أيضا كاشف الغطاء فى كتابه أصل الشيعة وأصولها (٣) : ان الأمر بالاشهاد عائد الى صدر الآية الأولى لأن السورة سيقت لبيان خصوص الطلاق وأحكامه حتى أنها سميت سورة الطلاق وابتدأ الطلاق فى صدرها بقوله تعالى : « اذا طلقتم النساء » ثم ذكر الزوج بوقوع الطلاق فى العدة ثم استطرد الى ذكر الرجعة فى خلال بيان أحكام الطلاق حيث قال : « فاذا بلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف » ثم عاد الى تتمة أحكام الطلاق فقال : « وأشهدوا ذوى عدل منكم » أى فى الطلاق الذى سبق الكلام عليه وبهذا يثبت أن الاشهاد على الطلاق واجب ٠

ثانيا : استدل الامامية بالآثار التى وردت عن أئمتلم كما جاء ذلك فى جواهر الكلام (٤) ٠

أولا : روى عن على بن أبى طالب رضى الله عنه أنه قال فى خبر ابن مسلم لمن سأله عن طلاقه : أشهدت رجلين عدلين كما أمر الله عز وجل فقال : لا ٠ قال : **اذهب فليس طلاقك بطلاق** ٠

ثانيا : قال الباقر والصادق عليهما السلام فى خبر زرارة ومحمد ابن مسلم ومن معهما : وان طلقها فى استقبال عدتها طاهرا من غير جماع ولم يشهد على ذلك رجلين عدلين فليس طلاقه اياها بطلاق ٠

---

(١) تفسير المحيط جـ ٨ ص ٢٨٢ ٠

(٢) مجمع البيان للطبرسى جـ ٢ ص ٣٣٠ وتوجد نسخة مخطوطة بمكتبة الأزهر تحت رقم ١٨٥٤ ٠

(٣) أصل الشيعة وأصولها ص ١١٢ ٠

(٤) جواهر الكلام جـ ٤ باب الطلاق ٠

وقال الباقر أيضا فى حسن زرارة ومحمد بن مسلم : الطلاق لا يكون بغير شهود · فهذه الآثار تدل على وجوب الاشهاد على الطلاق (١) ·

الترجيح :

نحن نرى ـ على ضوء ما سبق ـ ان الاشهاد على الطلاق قيد واجب تحققه وهو معقول المعنى لأن التنسيق بين انشاء الزواج وانهائه يوجب ذلك فكما ان حضور الشاهدين واجب فى الانشاء فيكون كذلك واجبا فى الانهاء ومما يرجح ذلك ويقويه قوله تعالى : « واقيموا الشهادة لله » بعد الأمر بها ثم تعليل ذلك بانه يوعظ به من كان يؤمن بالله واليوم الآخر · وهذا هو المتبادر من الأمر فى الآية وليس فى الآية ما يصرفه عن ذلك · غير ان انشاء الزواج لما كان متوقفا على ارادتين لا تستقل احداهما به دون الأخرى بل لابد من تلاقيهما معا كان الاشهاد شرطا فى صحته بخلاف الطلاق فانه يقع بارادة واحدة منفردة لذا وجب أن يترتب عليها أثرها ولو خالفت الواجب فكأن الاشهاد ليس بشرط فى ترتب الأثر عليه بل يترتب أثره مع القول بعصيانه المخالفة كما فى طلاق الحائض حيث اعتبره رسول الله صلى الله عليه وسلم لازما مع العصيان وأمر بالمراجعة ·

وأما قول الشيعة ان الأمر بالاشهاد راجع الى صدر الآية لا الى قوله : « أو فارقوهن بمعروف » فهى دعوى لم يقم عليها دليل فضلا عن ان نسق القرآن يبعدها فان القاعدة أن يرجع القيد الى أقرب مذكور أو الى جميع ما ذكر قبله أما ان يرجع الى الأول البعيد دون رجوعه الى القريب بلا قرينة تدل على ذلك فذلك ما يبعد القول به فى نسق القرآن الحكيم وما ذكروا من الآثار لا يصلح قرينة فضلاً عن الاحتجاج به ·

---

(١) وقد قال الأستاذ جواد مغنية فى كتابه مع الشيعة ص ٩ « ومن ضرورات مذهب الشيعة وجوب الاشهاد على الطلاق » ·

قال ابن حزم فى مراتب الاجماع ولا نعلم خلافا فى أن من طلق ولم يشهد ان الطلاق له لازم مع انه يقول بوجوب الاشهاد ٠

وعلى هذا فيكون الراجح هو رأى الظاهرية ٠ لما فى الاشهاد من تضييق لدائرة الطلاق لأن التماس الشهود العدول قد يستلزم فى الغالب وقتا تهدأ فيه الأعصاب الثائرة بالاضافة الى ان حضور الشهود العدول قد يكون له أثر حسن فى اصلاح ما بين الزوجين وعندئذ ربما يعدل الزوج عن قصده ويثوب الى رشده فيعدل عن الطلاق قبل ايقاعه وحينئذ يلتئم شمل الأسرة من جديد ويكون هذا بفضل الاشهاد ٠

الاشهاد على الطلاق فى القانون :

ان القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعمول به حاليا لم ينص على الاشهاد طبقا لمذهب الأحناف ٠

مشروع القانون :

أما مشروع القانون المقترح فقد نص على وجوب الاشهاد على الطلاق فى المادة (١٠٩) ونصها كالآتى : « لا يقع الطلاق الا بحضور شاهدين رجلين أو رجل وامرأتين » ٠

رأينا فى هذا النص :

تضمن هذا النص عدم وقوع الطلاق الا بحضور شاهدين طبقا لمذهب الشيعة الامامية ونحن نرى انه لا مانع من اعتبار قيد الاشهاد على الطلاق للحد منه الا انه اذا طلق الزوج ولم يشهد على طلاقه لزمه الطلاق أما نصاب الشهادة فلم يأخذ واضعو المشروع فيه بمذهب الامامية الذى اشترط فى الشاهدين الذكورة والاسلام والعدالة (١) كما انهم خالفوا نص الآية القائل : « واشهدوا

---

(١) شرائع الاسلام ص ٢٠٨ ، ٢٠٩ ٠

ذوى عدل منكم ، وكان الأولى اتباع ما جاء فى الآية والمذهب الذى أخذوا به ٠
والذى يبدو لى انهم ساروا فى نصاب الشهادة على مذهب الأحناف فقد جاء
فى المبسوط للسرخسى (١) : « وتجوز شهادة رجل وامرأتين على طلاق المرأة
وقد روى عن عمر رضى الله عنه انه أجـــاز شهادة رجل وامرأتين فى النـــكاح
والطلاق عندنا بمنزلته ولا يجوز أقل من ذلك ٠

---

(١) المبسوط جـ ٦ ص ١٤٩ ، ١٥٠ ٠

الباب الرابع

فى الطلاق المقيد بمجلس القضاء

ويشتمل على فصلين :

الفصل الأول

فى التطليق للضـــــرر

ويتضمن أربعة مباحث :

المبحث الأول : فى التطليق للشقاق بين الزوجين ٠

والمبحث الثانى : فى التطليق لعدم الانفاق ٠

والمبحث الثالث : فى التطليق لغيبة الزوج وحبسه ٠

والمبحث الرابع : فى التطليق للعيوب ٠

الفصل الثانى

فى التطليق للايلاء

ويتضمن مبحثين :

المبحث الأول : فى تعريف الايلاء ومدته ٠

والمبحث الثانى : متى يقع الطلاق بالايلاء وهل هو بائن أم رجعى ؟

تمهيـــــد :

سبق أن بينا أن الطـلاق من حق الرجل أن يستقل بايقاعه دون التوقف على رضى المرأة وقبولها • ومع هذا فان الشريعة لم تهمل جانب الزوجة فى موضوع الطلاق • بل منحتها حق الالتجاء الى القضاء لطلب التفريق بينهـــا وبين زوجها متى فات الامساك بالمعروف وامتنع الزوج من التسريح بالاحسان• وحينئذ يجب على القاضى أن يقضى لها بالتطليق اذا ما توفرت لديه الأسباب المجيزة للتفريق طبقا لما تقره العدالة وتؤيده الشريعة الغراء •

وسنتناول فى هذا الباب بيان الطلاق للشقاق بين الزوجين أو لعــدم الانفاق • أو لحبس الزوج أو غيبته مدة اذا خشيت الزوجة العنت على نفسها • أو العيوب المفوتة لحق الزوجة فى المعاشرة الزوجية كالجب والعنة أو المنفرة للزوجين والتى تجعل الحياة بينهما غير محتملة عادة كالجنون والجذاموالبرص وغيرها أو لايلاء الزوج من زوجته أربعة أشهر فصاعدا اذا امتنع من الفىء بعد انتهاء المدة •

الفصل الأول

المبحث الاول

فى التطليق للشقاق بين الزوجين

من الواجب على كل واحد من الزوجين ان يحسن معاشرة صاحبه حتى تتوفر لهما حياة طيبة كريمة . فاذا نشأت بين الزوجين خلافات ـ ولا تخلو أسرة من ذلك ـ فان كانت فى بادىء أمرها فمن الأفضل بالنسبة لكل طرف أن يصلح من حال نفسه . وذلك بأن تستجيب الزوجة لرغبات زوجها طبقا لما تقره الشريعة الاسلامية بأن تكبح جماح نفسها بمحاربتها لنوازع الهوى والشر اذا كانت هى المتسببة فى الخلاف وكذلك الحال بالنسبة للزوج فعليه أن يكون حكيما فى تصرفاته مع زوجته رحيما بها حتى يستطيع أن يتجنب الهوى والميل لكى لا تأخذه العزة بالاثم فيصير عبدا لطغيانه . فاذا تطور الخلاف بين الزوجين وخيف حدوث الشقاق بينهما . فقد أرشد الله جل شأنه الى علاج هذه المشكلة حيث قال : « وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما ان الله كان عليما خبيرا » (١) .

وسنتناول فى هذا المبحث بيان من المخاطب بهذه الآية . وعمل الحكمين . مع بيان التفريق للضرر فى المذهب المالكى .

من المخاطب بقوله تعالى : « وان خفتم » ؟ :

يرى جمهور العلماء (٢) أن المخاطب بقوله تعالى : « وان خفتم شقاق

---

(١) الآية رقم ٣٥ من سورة النساء .

(٢) القرطبى ج ٥ ص ١٧٥ وشرح الباجى ج ٤ ص ١١٣ .

بينهما فابعثوا ٠٠٠٠ ، الحكام والولاة ٠وبذلك قال : سعيد بن جبير والضحاك، وقد رجح الجصاص ذلك حيث قال (١) : وهو الأولى ٠ لأن الحاكم ينظر بين الخصمين ويمنع من التعدي والظلم ٠ وقال السدى (٢) : الخطـــاب فى الآية موجه الى الزوجين ٠ فاذا شعرا أو أحدهما بسوء المعاشرة بينهمـــا وخشيا استحكام الشقاق اختار كل واحد منهما حكما للاصلاح وازالة الشقاق ٠

ويشترط فى الحكمين وجوبا أن يكونا من أهل الزوجين ان أمكن ذلك ٠ لأن الأهل أعرف ببواطن الأمور وأقرب الى الاصلاح من غيرهم ٠ ولأن النفس تسكن اليهما فيبرزان لهما ما هو مكنون فى نفسيهما من حب أو بغض ومن ارادة البقـــاء أو ارادة الفـــراق ٠ ولا يجـوز بعث أجنبيين مع الامكـــان وبهذا قال المالكية (٤) وقال جمهور الفقهاء (٥) : الأولى أن يكون الحكمان من أهل الزوجين لأنهما أشفق وأعلم بالحال فان كانا من أهلهما جاز لأن القرابة ليست شرطا فى الحكم ولا الوكالة ٠

ونحن نرى – أولا – ان الراجح عندنا هو رأى جمهور العلمـــاء وهـــو ان الخطاب موجه للحكام لأن الحاكم هو المكلف بالسهر على مصالح المجتمع ورفع المظالم عن أفراده ومن هذه المصالح مصلحة الأسرة ٠ اذ فى الحفاظ عليها بقاء المجتمع سليما متماسكا ٠ يؤيد هذا قول ابن بطال (٦) : اجمع العلماء على أن المخاطب فى الآية هم الحكام ٠

---

(١) الجصاص جـ ٢ ص ٢٣١ ٠

(٢) نفس المرجع ٠

(٣) فتح البارى جـ ٩ ص ٣٢٥ ٠ وقال ابن حجر : يؤخذ من الآية العمل بسد الذرائع لأن الله تعالى أمر ببعث الحكمين عند خوف الشقاق قبل وقوعه (يراجع فتح البارى جـ ٩ ص ٣٢٦) ٠

(٤) الشرح الكبير جـ ٢ ص ٣٤٤ والخرشى جـ ٤ ص ٨ ٠

(٥) فتح القدير جـ ٣ ص ٢٢٣ ونهاية المحتاج جـ ٦ ص ٣٨٥ والمهذب جـ ٢ ص ٧٠ والمغنى جـ ٨ ص ١٧٠ ، ١٧١ والمحلى جـ ١٠ ص ٨٧ والبحـــر الزخار جـ ٣ ص ٩٠ وشرائع الاسلام ص ١٩٩ وجواهر الكلام جـ ٤ باب الخلع ٠

(٦) فتح البارى جـ ٩ ص ٣٢٥ ٠

وثانيا - أن يكون اختيار الحكمين من القاضى على أن يراعى فى سببهما كونهما من الأهل • وان كان لابد من الاختيار فانا نرى أن يكون الحكمان باختيار الزوجين بحيث يكون كل حكم حائزا لثقة الزوجين معا لا أن يكون مختارا بالنيابة عن أحدهما • وهذه - على ما أعتقد - هى الطريقة المثلىللاختيار فان وجدت كانت خيرا من تعيين القاضى •

عمل الحكمين :

شرع المولى جل شأنه نظام التحكيم بين الزوجين فى حال خوف الشقاق بينهما • ليتعرف الحكمان أسباب الخلاف القائم بين الزوجين ويعملا على التوفيق بينهما واحلال الوئام محل الخصام • فاذا تعذر عليهما الاصلاح بسبب تدهور العلاقات الشخصية بين الزوجين • بأن كانت النفرةمستحكمة بينهما استحكاما شديدا • فهل من سلطة الحكمين حينئذ التفريق بين الزوجين أم لا ؟ اختلف الفقهاء فى ذلك على فريقين • ومنشأ الخلاف بينهم الاختلاف فى صفة الحكمين • هل هما وكيلان أم حاكمان ؟ فالفريق القائل بأنهما وكيلان يرى انه ليس لهما ولاية التفريق بين الزوجين الا بتوكيل صريح منهما • بخلاف الفريق القائل بأنهما حاكمان فانه يرى ان من سلطتهما التفريق بين الزوجين ومبينين رأى كل فريق وأدلته والراجح منها •

رأى الفريق القائل بعدم جواز التفريق من الحكمين :

ذهب هذا الفريق من الفقهاء - وهم الأحناف (١) والشافعى فى أحد القولين (٢) والحنابلة فى احدى الروايتين (٣) والزيدية (٤) والشيعة

---

(١) الجصاص ج ٢ ص ٢٣٢ •
(٢) نهاية المحتاج ج ٦ ص ٣٨٥ والمهذب ج ٢ ص ٧٠ •
(٣) المغنى ج ٨ ص ١٦٧ •
(٤) البحر الزخار ج ٣ ص ٨٩ ، ٩٠ •

الامامية (١) وابن حزم (٢) ـ الى القول بأنه ليس للحكمين ولاية التفريق بين الزوجين الابتوكيلصريح منهما لأن الوكيل يخضع فى عمله لارادة موكله ؛ فهو مأذون وليس بحكم وعلى هذا فلا يملك التفريق • وقد استدلوا لذلك بالمأثور والمعقول •

أولا ـ المأثور :

روى عن على بن أبى طالب رضى الله عنه (٣) أنه جـــاءه رجل وامرأة ومعهما جمع من الناس • فقال على رضى الله عنـــه : ما شأن هـذين قالوا : بينهما شقاق • فقال : فابعثوا حكمـــا من أهله وحكما من أهلهـــا ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما • ثم قال للحكمين : أتدريان ما عليكما ؟ عليكما ان رأيتما ان تجمعا أن تجمعا • وان رأيتما ان تفرقا أن تفرقا • فقالت المرأة : رضيت بكتاب الله • فقال الرجل : أما الفرقة فلا • فقال على : كذبت • والله لا تنفلت منى حتى تقر كما أقرت •

وجه الاستدلال بهذا الدليل • انه يدل على ان حكم الحكمين لا يكون الا بتوكيل من الزوجين ورضى منهما • لان عليا رضى الله عنه قد أنكر على الزوج ترك التوكيل بالفرقة وأمره أن يوكل بها لأنه قال لا أرضى بالفرقة بعد رضى

---

(١) شرائع الاسلام ص ١٩٩ • والمختصر النـــافع ص ١٩١ • الا أن الامامية يرون ان بعث الحكمين على سبيل التحكيم وهو الأظهر • فان اتفقا على التفريق لم يصح الا برضاء الزوج فى الطلاق ورضاء الزوجة فى البـــذل (يراجع شرائع الاسلام ص ١٩٩) وجاء فى جواهر الكلام ج ٤ : وفى الحقيقة هما بمنزلة الوكيلين عن الحاكم الذى أرسلهما • والظاهر عدم اعتبار رضى الزوجين بناء على ضرورة كون ذلك سياسة شرعية •

(٢) المحلى ج ١٠ ص ٨٧ ، ٨٨ • قال ابن حزم : ليس للحكمين أنيفرقا بين الزوجين لا بخلع ولا بغيره اذ ليس فى الآية ولا فى شىء من السنن مـــا يدل على ذلك • وكذلك الحاكم لا يجوز له أن يفرق بينهما •

(٣) الجصاص ج ٢ ص ٢٣٢ والبحر الزخار ج ٣ ص ٩٠ •

المرأة بالتحكيم · وفى هذا دليل على أن الفرقة عليه غير نافذة الا بعد توكيله بهـا (١) ·

اعترض على هذا الاستدلال بعدم صلاحيته للاحتجاج به لأن هـذا الأثر دليل عليهم لا لهم · لأنه يدل على أن عليا رضى الله عنه قد أجبر الرجل على قبول التحكيم حينما قال له : كذبت · ترضى بما رضيت به · وبهذا يبطـل الاحتجاج بهذا الدليل (٢) ·

ثانيا ـ المعقـــول :

استدل هذا الفريق بالمعقول وهو ان الزوجين رشيدان · ومن كان رشيدا فلا ولاية لأحد عليه فى حقه ، وذلك لأن البضع حق الزوج والمال المبـــذول من الزوجة حقها · وهما رشيدان فلا يجوز لغيرهمـــا التصرف فيمـا يملكان الا بوكالتهما فاذا لم توجد الوكالة منهما فلا ينفذ عليهما تصرف الحكمين (٣) ·

اعترض على هذا الاستدلال بعدم صلاحيته للاحتجاج به لأنه لا يوجـــد مانع يمنع من ثبوت الولاية على الرشيد عند امتناعه من أداء الحق · كما يقضى الدين عنه من ماله اذا امتنع من قضائه · كما ان الحاكم يطلق على المولى اذا امتنع من الفىء والطلاق · وبهذا يبطل الاحتجاج بهذا الدليل (٤) ·

رأى الفريق القائل بجواز التفريق من الحكمين :

يرى هذا الفريق من الفقهاء ـ وهم المالكيـة (٥) والشـافعى فى القـول الثانى (٦) والحنابلة فى الرواية الثانية (٧) ـ أن مهمة الحكمين الاصلاحيين

---

(١) الجصاص جـ ٢ ص ٢٣٢ ·
(٢) المغنى جـ ٨ ص ١٦٨ ، ١٦٩ ·
(٣) نهاية المحتاج جـ ٦ ص ٣٨٥ والمغنى جـ ٨ ص ١٦٧ ·
(٤) المغنى جـ ٨ ص ١٦٩ ·
(٥) الشرح الكبير جـ ٢ ص ٣٤٤ والخرشى جـ ٤ ص ٩ ·
(٦) نهاية المحتاج جـ ٦ ص ٣٨٥ والمهذب جـ ٢ ص ٧٠ وشرح المنهـاج لجلال الدين المحلى جـ ٣ ص ٣٠٦ ·
(٧) المغنى جـ ٨ ص ١٦٨ والمحرر جـ ٢ ص ٤٤ ·

للزوجين ما استطاعا الى ذلك سبيلا • فاذا تعذر عليهما الاصلاح كانت مهمتهما حينئذ منحصرة فى التفريق بينهما • سواء أكان التفريق بعوض أم بغير عوض • رضى الزوجان بذلك أم أبيا • وعلى القاضى امضاء حكمهما • وعلى هذا يكون طريقهما الحكم لا الوكالة لأن الله تعالى قد سماهما حكمين • وقد روى نحو ذلك عن على وابن عباس وأبى سلمة بن عبد الرحمن والشعبى والنخعى وسعيد بن جبير والأوزاعى واسحاق وابن المنذر (١) •

وقد استدلوا بالكتاب والمأثور •

أولا ـ الكتاب :

قال تعالى : « وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما ان الله كان عليما خبيرا » (٢) •

وجه الاستدلال بهذه الآية انها تدل بنصها على أن الحكمين قاضيان لا وكيلان ولا شاهدان (٣) لأن الله تعالى قد نصبهما حكمين وجعل نصبهما الى غير الزوجين • فلو كانا وكيلين لقال جل شأنه : « فليبعث وكيلا من أهله ولتبعث وكيلا من أهلها كذلك » •

وهذا الأمر يحتاج الى تقدير الآية على النحو التالى : « وان خفتم شقاق بينهما فمروهما أن يوكلا وكيلين وكيلا من أهله ووكيلا من أهلها » ولفظ الآية ومعناها بعيد عن هذا التقدير وانها لا تدل عليه بل هى دالة على خلافه • لا سيما وان الله جل شأنه جعل الحكم اليهما • فقال : « ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما » (٤) •

---

(١) المغنى جـ٨ ص ١٦٨ وزاد المعاد جـ٤ ص ٣٣ والقرطبى جـ٥ ص ١٧٦ •
(٢) الآية رقم ٣٥ من سورة النساء •
(٣) القرطبى جـ ٥ ص ١٧٦ •
(٤) زاد المعاد جـ ٤ ص ٣٣ ، ٣٤ •

ثانيا ـ المأثور :

١ ـ روى الدارقطني من حديث محمد بن سيرين عن عبيدة قال (١) : جاء رجل وامرأة الى على رضى الله عنه مع كل واحد منهما فئام (٢) من النـــاس فأمرهم فبعثوا حكما من أهله وحكما من أهلهـــا • وقال للحكمين : هـل تدريان ما عليكما ؟ عليكما ان رأيتمـــا ان تفرقا فرقتما • فقالت المرأة : رضيت بكتاب الله بما على فيه ولى • وقال الزوج : أما الفرقة فلا • فقال على : كذبت • والله لا تبرح حتى تقر بمثل الذى أقرت به • وهذا اسناد صحيح •

وجه الاستدلال بهذا الأثر • انه يدل على ان الحكمين حاكمان • لأن قول على : « أتدريان ما عليكما » دليل على ذلك فلو كانا وكيلين لقال لهما أتدريان بما وكلتما •

٢ ـ وروى عن عثمان رضى الله عنه (٣) انه أرسل ابن عباس ومعاوية حكمين بين عقيل بن ابى طالب وزوجته فاطمة بنت عتبة بن ربيعة • فقيل لهما : ان رأيتما ان تفرقا فرقتما •

وجه الاستدلال بهذا الأثر • أنه يدل على جواز تفريق الحكمين بين الزوجين لقول ابن عباس رضى الله عنهما : « لأفرق بينهما » لأن مهمــة الحكمين أولا الاصلاح بين الزوجين فان أنابا ورجعا تركاهما • وان تعذر عليهما الاصلاح بينهما ورأيا الفرقة فرقا بينهما • وتفريقهما جائز على الزوجين • وكلاهما الزوجان بذلك أم لم يوكلاهما والفراق حينئذ طلاق بائن (٤) •

---

(١) القرطبى جـ ٥ ص ١٧٧ •
(٢) فئام : الجماعة من الناس •
(٣) القرطبى جـ ٥ ص ١٧٦ والمحلى جـ ١٠ ص ٨٧ •
(٤) القرطبى جـ ٥ ص ١٧٦ •

التفريق للضرر فى المذهب المالكى :

توسع مذهب المالكية فى بيان الضرر المجيز للتفريق بين الزوجين وعلى هذا فاذا شجر الخلاف بين الزوجين فان ثبت تعدى كل منهما على صـاحبه وعظمها القـاضى فان لم ينجع الوعظ ضربهما باجتهاده ٠ فان أشـكل الأمر أسكنهما بين قوم صالحين ٠ وهذا اذا ادعت الزوجة اضرار الزوج بها وتكررت شكواها الا انها لم تستطع اثبات ما ادعت ٠ وكذلك الأمر اذا ادعى كل منهما اضرار الآخر به وتكررت الشكوى منهما لكنهما عجزا عن اثبات المدعى ٠

فان استمر الاشكال بعد التسكين أو تعـذر التسكين ٠ بعث القـاضى حكمين لتقصى أحوال الزوجين والعمل على ازالة الخلاف القائم بينهما ٠ فان عجزا عن الاصلاح فعليهما التحرى لمعرفة من المسىء منهما ؟ (١) فان تبين أن الزوج هو المسىء ولم ترض الزوجة بالاقامة معه وطلبت التطليق طلقـا عليه بدون خلع لظلمه لها ولم تقر عنده على الظلم وعلى صحبتها بالمنكر (٢) وان تبين لهما ان الاساءة من قبل الزوجة ائتمناه عليها وأوصياه الصـبر وحسن المعاشرة ٠ هذا اذا كان الزوج لم يرد فراقها ٠ فان أراد فراقها أو علم الحكمان ان الزوجة لاتستقيم معه فرقا بينهما على عوض حسب اجتهادهما حتى ولو زاد العوض على الصداق (٣) أما اذا تبين للحكمين أن كل واحـد من الزوجين مضر بصاحبه يسىء العشرة فيما أمره الله من صحبته فرقا بينهما على بعض الصداق ٠ وعلى هذا أكثر المالكية (٤) وفى قول عندهم ان العبرة بالأكثر ٠ فاذا

---

(١) جاء فى المدونة : « قال مالك : الأمر الذى يكون فيه الحكمان انمـا ذلك اذا فتح مابين الرجل وامرأته حتى لا يثبته بينهما بينة ولا يستطاع أن يتخلص الى أمرهما ٠ فاذا بلغا ذلك بعث الوالى رجلا من أهلها ورجلا من أهله عدلين فنظرا فى أمرهما واجتهدا فان استطاعا الصلح أصلحا بينهما والا فرقا بينهما » (يراجع المدونة جـ ٢ ص ٢٥٤) ٠

(٢) المدونة جـ ٢ ص ٢٦٣ والشرح الكبير جـ ٢ ص ٣٤٥ ٠

(٣) الشرح الكبير جـ ٢ ص ٣٤٥ والخرشى جـ ٤ ص ١٠ ٠

(٤) الشرح الكبير جـ ٢ ص ٣٤٥ والخرشى جـ ٤ ص ١٠ والمقدمات على المدونة جـ ٢ ص ٢٥٤ ٠

كانت الاساءة من جانب الزوج أكثر فالتفريق يكون بلا عوض ٠ وان كانت الاساءة من جانب الزوجة أكثر فالتفريق يكون بعوض كما لو كانت هى المسيئة من كل الوجوه اذ الأكثر يأخذ حكم الكل على هذا القول (١) هذا بالاضافة الى أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق على الزوج اذا هجرها بلا موجب شرعى أو ضربها ضربا مؤلما أو سبها أو سب أباها كما يقع ذلك كثيرا من رعاع الناس ٠ أو تعدى عليها بوطئها فى الدبر ٠ أو قطع كلامه عنها أو حول وجهه عنها فى الفراش (٢) ومع هذا فانهم قيدوا الضرر المجيز للتفريق بالضرر الذى لا يجوز شرعا وهو ما كان بغير حق (٣) وبناء على هذا فاذا كان اضرار الزوج بزوجته مما يجوز شرعا كتأديبها على ترك الصلاة أو لمنعها من الخروج فيما لا يجوز لها شرعا مما يجوز له أن يؤدبها عليه فليس من حقها أن تطلب التطليق ٠

فاذا ادعت الزوجة اضرار الزوج بها وطلبت من القاضى التفريق لذلك فانه يتعين عليها اثبات حدوث الضرر ولو مرة واحدة على المشهور ٠ واثبات ذلك انما يكون بالبينة وهى هنا رجلان لا رجل وامرأتان وعلى هذا فلا تجوز شهادة النساء على الضرر (٤) ٠ ويكتفى فى شهادتهما مجرد السماع بأن الزوج قد أضر بزوجته (٥) ومتى شهدت بينة بأصل الضرر فللزوجة حينئذ أن تختار الفراق كما أن لها أن تختار البقاء مع زوجها فاذا اختارت الفراق

---

(١) حاشية العدوى على الخرشى جـ ٤ ص ٩ ٠

(٢) الشرح الكبير جـ ٢ ص ٣٤٥ والخرشى جـ ٤ ص ٩ ومنح الجليل جـ ٢ ص ١٧٩ ٠

(٣) وفى ذلك يقول الدسوقى فى حاشيته : « ومتى شهدت بينة وهى هنا رجلان لا رجل وامرأتان ولا أحدهما مع اليمين ٠٠٠ ولو لم تشهد البينة بتكرره بل شهدت بأنه حصل لها مرة واحدة فلها التطليق بها على المشهور » يراجع حاشية الدسوقى جـ ٢ ص ٣٤٥ ٠

(٤) يراجع حاشية الدسوقى جـ ٢ ص ٣٤٥ ٠

(٥) فرق الزواج للاستاذ الخفيف ص ٣٠٩ ٠

طلقها القاضى طلقة واحدة بائنة ليرفع عنها الضرر عملا بقول النبى صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار » (١) ٠

ونحن نرى أن تحكيم الحكمين يجب أن يكون أساسا فى كل خلاف أو نزاع ينشأ بين الزوجين سواء أكان هذا الخلاف على دعوى نفقة أم على دعوى طاعة ٠ وعلى هذا فاذا كان التحكيم عاما فى كل خلاف فاما أن يستطيع الحكمان الاصلاح بين الزوجين واحلال الوئام محل الخصام وبهذا يكون قد أتى بالثمرة المرجوة منه وهى المحافظة على كيان الأسرة وجمع شملها ٠ وبذا تقل دعاوى الخلاف بين الزوجين ويستريح القضاء من هذه الأعباء التى تثقل كاهله أما اذا تعذر على الحكمين الاصلاح لاستحكام النفرة بين الزوجين فرقا بينهما لقطع النزاع واستئصاله ٠ قال تعالى : « وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته » ٠

كما نرى أيضا ان الراجح هنا هو مذهب المالكية لأنه يتفق ومقاصد الشريعة التى تهدف الى رفع الحرج عن الناس والتيسير عليهم عملا بقول النبى صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار » ولأن الحكمة التى من أجلها شرع الزواج وهى صيانة الأعراض والمحافظة عليها لا تتحقق مع استحكام النفرة بين الزوجين فيكون التفريق حينئذ أرحم بالزوجين وأرفق بهما ٠

التفريق للضرر فى القانون :

نص القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعمول به حاليا فى جمهورية مصر العربية على التفريق للضرر فى المواد من ٦ — ١١ وهذه هى نصوص المواد :

مادة (٦) : نصت هذه المادة على انه اذا ادعت الزوجة اضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق ٠ وحينئذ يطلقها القاضى طلقة بائنة اذا ثبت الضرر وعجز عن الاصلاح

---

(١) الخرشى جـ ٤ ص ٩ ٠

بينهما فاذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القـــاضى حكمين وقضى على الوجه المبين بالمواد من ٧ ـ ١١ ٠

مادة (٧) : يشترط فى الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين ان أمكن والا فمن غيرهم ممن له خبرة بحالهما وقدرة على الاصلاح بينهما ٠

مادة (٨) : على الحكمين ان يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما فى الاصلاح فان أمكن على طريقة معينة قرراها ٠

مادة (٩) : اذا عجز الحكمان عن الاصـــلاح وكانت الاساءة من الزوج أو منهما أو جهل الحال قررا التفريق بطلقة بائنة ٠

مادة (١٠) : اذا اختلف الحكمان أمرهما القاضى بمعـــاودة البحث فان استمر الخلاف بينهما حكم غيرهما ٠

مادة (١١) : على الحكمين أن يرفعا الى القـــاضى ما يقـــررانه وعلى القاضى أن يحكم بمقتضاه ٠

هذه المواد أخذت من مذهب الامام مالك فقد جاء فى المذكرة الايضـــاحية أن المصلحة داعية الى الأخذ بمذهب الامام مالك فى أحكام الشقاق بين الزوجين عدا الحالة التى يتبين للحكمين ان الاساءة من جانب الزوجة دون الزوج ٠ لئلا يكون ذلك داعيا لاغراء الزوجة المشاكسة على فصم عرى الزوجية بلا مبرر ٠

ملاحظاتنا على هذه المواد :

أولا ـ المادة السادسة : اشترطت هذه المادة فى الضرر المجيز للتفريق ألا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما ٠ وهذا الشرط غير موجود فى مذهب المالكية لأن المقصود بالضرر فى المذهب المالكى معاملة الزوج لزوجته معاملة شاذة عرفا ٠ ولكن من الملاحظ ان الحياة الزوجية قلما تخلو من الهفوات التى قد تعتبر ضررا فى العرف ٠ فلو عملنا بذلك لأصبحت الأسرة مهددة بالتفكك والزوال ٠ وهذا ليس من مصلحة المجتمع اذا فان ما اشترطه القـــانون يتفق ومصلحة المجتمع لأن الضرر لا يعد كذلك الا اذا كان بهذه المثابة ٠

وقد قصرت هذه المادة طلب التفريق للضرر على الزوجة فقط • ولم تجعل ذلك الحق للزوج استغناء بما له من حق الطلاق •وكان من الأولى جعل هذا الحق للزوجين لتكون متفقة مع المذهب المالكى وليصل الزوج الى حقه من العوض فيما اذا كانت الاساءة من الزوجة فقط •

كذلك فان هذه المادة خالفت جمهور المالكية فى اشتراط تكرر الشكوى لتكرر الضرر • لأن الثابت عند جمهور علماء المذهب انه لا يشترط فى التطليق للضرر ولا لبعث الحكمين تكرر الاساءة • بل يطلق القاضى ويبعث الحكمين ولو لم يحدث الضرر الا مرة واحدة • وما أخذ به القانون انما هو رأى لبعض علماء المذهب • وهو اتجاه حسن لأنه أقرب الى الاصلاح بين الزوجين •

ثانيا ـ المادة التاسعة : تركت هذه المادة معالجة ما اذا كانت الاساءة من جانب الزوجة وحدها • وقد علل المشرع هذا الاتجاه فى المذكرة الايضاحية بأن سبب عدم الأخذ بالمذهب المالكى فى هذا الشأن لتجنب اغراء الزوجة المشاكسة على فصم عرى الزوجية بلا مبرر •

وانى أرى أن هذا الاتجاه غير مستقيم لأن المذهب المالكى يجيز التفريق اذا كانت الاساءة من جانب الزوجة ويجعل الفرقة فى هذه الحالة خلعا أى أن الزوجة تغرم فى سبيل هذا التفريق صداقها أو غيره على حسب ما يرى الحكمان • اذن فالعمل بما جاء فى المذهب المالكى فى هذا الشأن لا يغرى الزوجة المشاكسة على فصم عرى الزوجية • بل ـ على ما أعتقد ـ يضع حدا لعقوبة المشاكسة وهو دفع العوض نظير الفرقة • فضلا عن أنه لا خير فى بقاء امرأة نافرة ـ من الحياة الزوجية ـ مع زوجها اذا يئس من اصلاحها لأن البغض الشديد من جانب الزوجة يعتبر مبررا من مبررات الفراق • وكان من الانصاف للرجل النص على ذلك لكى يعوض الزوج عما تكبده من نفقات فى سبيل التزوج بهذه المرأة • كما فعل النبى صلى الله عليه وسلم مع امرأة ثابت ابن قيس حينما قال لها : « أتردين عليه حديقته ؟ » قالت : نعم • فأمره

النبى صلى الله عليه وسلم بطلاقها ٠ وفى ذلك سد لباب المضارة من الزوجات لئلا يتخذن ذلك وسيلة للتفريق بدون عوض ٠

مشروع القـــانون :

نص المشروع على التفريق للضرر فى المواد من ١٢١ ـ ١٢٦ ٠

مادة (١٢١) : نصت هذه المادة على أنه اذا ادعى أحـد الزوجين اضرار الآخر به بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهمـا قبل الدخول أو بعده يجوز له أن يطلب من المحكمة التفريق وتبذل المحـــكمة فى جلسة سرية ما فى وسعها للاصلاح بينهما ٠ فاذا تعذر الاصلاح عينت المحكمة حكمين للتوفيق أو التفريق وحلفت كلا منهما اليمين على أن يقوم بمهمته بعدل وأمانة ٠

مادة (١٢٢) : يشترط فى الحكمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين ان أمكن والا فمن غيـرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الاصلاح بينهما ٠

مادة (١٢٣) : نصت هـذه المادة فى الفقرة الأولى منها على أنه يشتمل قرار تعيين الحكمين على تاريخ بدء وانتهاء مأموريتهما وتخطر المحكمة الحكمين والخصوم بذلك ٠

ونصت فى الفقرة الثانية على أنه يجوز للمحكمة أن تعطى الحكمين مهلة أخرى مرة واحدة فان لم يقدما تقريرهما اعتبرتهما غير متفقين ٠

كما نصت فى الفقرة الثالثة على أنه لا يؤثر فى سير عمل الحكمين امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تم اخطاره ٠

مادة (١٢٤) : نصت هذه المادة فى الفقرة الأولى على أنه على الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما فى الاصلاح بينهما على أية طريقة ممكنة ٠

كما نصت فى الفقرة الثانية على أنه اذا عجز الحكمان عن الاصلاح :

١ — فان كانت الاساءة كلهـا من جانب الزوج والزوجة هى طالبة التفريق أو كان كل منهما طالبا التفريق قرر الحكمان التفريق بطلقة بائنة دونمساس بشىء من حقوق الزوجية المترتبة على الزواج والطلاق • أما اذا كان الزوج هو طالب التفريق اقترحارفض الدعوى •

٢ — واذا كانت الاساءة كلها من جانب الزوجة قررا التفريق نظير بدل مناسب يقدرانه تدفعه الزوجة •

٣ — واذا كانت الاساءة مشتركة قـرر الحكمان التفريق دون بدل أو ببـدل يتناسب مع نسبة الاساءة •

٤ — وان جهل الحال فلم يعرف المسىء منهما • فان كان الزوج هو الطـالب اقترحا رفض دعواه • وان كانت الزوجة هى الطالبة أو كان كل منهمـا طالبا التفريق قرر الحكمان التفريق دون بدل •

مادة (١٢٥) : نصت هذه المادة فى الفقرة الأولى على أنه على الحكمين أن يرفعا تقريرهما الى المحكمة مشتملا على الأسباب التى بنى عليها •

ونصت فى الفقرة الثانية على أنه اذا اتفق الحكمان على رأى حكمت به المحكمة • وان لم يتفقا بعثتهما مع ثالث له خبرة بالحال وقدرة على الاصلاح وحلفته اليمين المبينة فى المادة ١٢١ •

فاذا اتفقوا أو اتفقت الأكثرية على رأى حكمت به المحكمة • واذا اختلفوا ولم يقدموا التقرير فى الميعاد المحدد سارت المحكمة فى الاثبات • فان كانت هى الطالبة وثبتت الدعوى حكم بالتفريق بطلقة بائنة وان عجزت عن الاثبات حكم برفض الدعوى •

وان كان هو الطالب وثبتت الدعوى أمرت المحـكمة بالتطليق وحكمت بسقوط مؤخر الصداق ونفقة العدة ومتجمد النفقة السابقة وان لم يثبت حكم برفض الدعوى •

مادة (١٢٦) : نصت هذه المادة فى الفقرة الأولى على أنه يثبت الضرر بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين ولا يثبت بشهادة النساء منفردات ٠

ونصت فى الفقرة الثانية على انه تقبل الشهادة بالتسامع اذا فسر الشاهد أو فهم من كلامه انه يريد الشهرة والمراد الشهرة فى محيط حياة الزوجين حسبما تقدر المحكمة ٠

ونصت فى الفقرة الثالثة على أنه لا تقبل الشهادة بالتسامع على نفس الضرر ٠

ونصت فى الفقرة الرابعة على أنه تقبل شهادة الشاهد مهما كانت درجة قرابته أو صلته بالمشهود له متى توافرت فيه شروط الشهادة شرعا ٠

ملاحظاتنا على مواد المشروع :

نصت المادة (١٢١) فى الفقرة الأولى على انه يجوز لكل واحد من الزوجين أن يطلب التفريق للضرر ٠ وهذه خطوة عادلة لاعفاء الزوج من تبعات الطلاق ٠

كما تضمنت هذه الفقرة جواز طلب التفريق لضرر قبل الدخول ٠ وهذه خطوة حسنة لأن من مصلحة المجتمع القضاء على الزيجة الفاشلة فى عهدها لكى لا يتعدى أثر فشلها الى غير الزوجين ٠ وقد خلا القانون المعمول به حاليا من النص على هذا ٠

كما نصت المادة (١٢٤) على أنه اذا كانت الاساءة من جانب الزوجة قرر الحكمان التفريق نظير بدل مناسب يقدرانه تدفعه الزوجة ٠ وقد خلا القانون المعمول به حاليا من النص على هذا ٠

ونصت المادة (١٢٦) على أن الضرر يثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين وهذا النص مخالف للمذهب المالكى الذى ينص على أن بينة الضرر رجلان لا رجل وامرأتان اذ لا تجوز شهادة النساء على الضرر (١) ٠

---

(١) حاشية الدسوقى جـ ٢ ص ٣٤٥ ٠

أحكام القضـــاء

الضرر أمر تقديرى :

جاء فى حكم لمحكمة الجمالية الشرعية (١) ما يأتى :

« تطلق الزوجة من زوجها اذا ضربها أو طعنهــا فى عقلها وأهليتها أو جرح عواطفها أو خدش بالقول كرامتها وكرامة أسرتها مع وجود أجنبية فى منزله وزوجته بعيدة عنه وتعريضه بتربيتها تربية غيـــر طيبة وتقديمه من كتبها ما يدل على تبادل المحبة بينهما » .

وقد تأيد هذا الحكم استئنافيا (٢) حيث جاء فى الحـــكم الاستئنافى ما يأتى :

« ضرر الزوج بزوجته أمر تقديرى يقــدره القاضى بحسب ما يرى من منزلة الزوجين وما يكون بين أمثالهما تطبيقا للمادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ » .

ونحن نرى أن هذا الحكم المؤيد استئنافيا صحيح من الناحية الفقهيــة والقــانونية لان الغرض المقصود من الزواج انمـــا هو دوام الألفة والمحبـــة والاخلاص بين الزوجين . فاذا لم يتحقق هذا الغرض لبغض الزوج زوجتـــه وعدم مبالاته بتلك العلاقة المقدسة حتى أصبحت المعيشة بين أمثالهما غيــر مستطاعة وجب التفريق بينهما .

وجاء فى حكم لمحكمة أسيوط الابتدائية الشرعية (٣) ما يأتى :

---

(١) المحاماة الشرعية س ٣ ص ٤٧٣ .
(٢) المحاماة الشرعية س ٣ ص ٣٤٦ .
(٣) المحاماة الشرعية س ٤ ص ٣١٤ (جاء فى وقائع هــذا الحــكم أن الزوجة ربيبة امرأة كانت تدير بيتا للدعارة والزوج وليد امرأة تدير بيتــا للدعارة) .

« لا تجاب الزوجة لطلبها تطليقها من زوجهـا للضرر بما وصـفته به اذا كانا من بيئة واحدة وقد سبق لها الرضاء بعشرته مع اتصافه بما جعلته سببا لطلبها » ٠

ثم جاء فى حيثيات الحكم ما يأتى : من حيث انه واضح ٠٠٠ ان الطرفين من بيئة واحدة ومتشابهان منشأ وعادة وتربية ويمت أحدهما الى الآخر بنسب هو تدهور الأخلاق والتشبع بالرذيلة والبعد عن الفضيلة وانهما من وسط يأتلفه ما عزى الى المستأنف من سوء السيرة وضعف الخلق ٠٠٠ لذلك قررنا رفض دعوى التفريق ٠

هذا الحكم روعى فيه أن الضرر يرجع فى تقديره الى القاضى على حسب ما يرى من منزلة الزوجين ٠ كما روعى فيه سبق رضى الزوجة بالضرر الذى جعلته سببا لطلب التفريق ٠ فهو اذن يتفق وصحيح القانون ٠

وجاء فى حكم لمحكمة النقض (١) : « الضرر الذى لا يستطاع معه دوام العشرة ويجيز التطليق ٠ معياره شخصى لا مادى » ٠

وقد جاء فى حيثيات الحكم : وبالرجوع الى الحـكم المطعون فيه يبين أنه أقام قضاءه فى هذا الخصوص على أن جماع وجهة نظر المستأنف عليهـا ان المستأنف أضر بها ضررا يبيح لها شرعا أن تطلب تطليقها عليه وانه غير أمين على مالها وانه يقيم ليـل نهار على الخمر ويحـاول أن يحملهـا على مشاركته فى ارتكاب هذا الاثم ٠ أما أوجه الاضرار بها فهو انه سيىء الطبع يثور لأتفه الأسباب وفى العبارات القاسية التى وجهها لها ٠٠٠ فاذا ما أضيفت

---

(١) مجموعة أحكام محكمة النقض س ١٨ ع ٢ ص ٦٩٧ – ٧٠٣ ٠

الى كل ذلك ما ثبت أمام محكمة أول درجة من اعتدائه عليها بالضرب لم يعد محل لانكار ثبوت هذا الاضرار واستحالة دوام العشرة ٠٠٠ وان تقدير مدى الضرر الذى يجعل دوام العشرة مستحيلا بين الزوجين أمر موضوعى يقدره القاضى ٠٠٠ وهذا المدى يختلف دائما باختلاف بيئة الزوجين ودرجة ثقافتهما والوسط الاجتماعى الذى يعيشان فيه فما يعتبر اضرارا بليغا عند البعض يعتبر نزاعا عاديا بسيطا بالنسبة للبعض الآخر من الناس لا يمتد أثره ليجعل عشرتهما مستحيلة ٠ وان أوجه الضرر ومسبباته تتباين بدورها بتباين طباع الناس وعاداتهم وتقاليدهم وسنتهم فى الحياة ٠

هذا الحكم صحيح فقها وقانونا ٠

المبحث الثانى

فى التفريق لعدم الانفاق

من المقرر شرعا أن نفقة الزوجة بجميع أنواعها من مأكل ومشرب وملبس ومسكن حق من الحقوق الواجبة لها على الزوج متى سلمت نفسها وقامت بما يجب عليها نحوه من الالتزامات المفروضة عليها حسبما نصت عليه الشريعة ، لأن النفقة انما تستحق فى مقابل احتباس الزوج لها واستمتاعه بها ٠

فاذا قام الزوج بالانفاق على زوجته على الوجه المشروع من تلقاء نفسه سارت الأمور على طبيعتها ولم يكن لأحد حينئذ سلطان عليه فى هذا الشأن ٠ أما اذا امتنع الزوج من الانفاق على زوجته فحينئذ اما أن يكون له مال ظاهر أم لا ٠ فان كان له مال ظاهر فليس من حق الزوجة أن تطلب التفريق وبذلك قال جمهور الفقهاء ووافقهم على ذلك الزيدية (١) وخالف فى ذلك المالكية حيث

---

(١) مجمع الأنهر جـ ١ ص ٤٩٨ والمبسوط جـ ٥ ص ١٨٧ ونهاية المحتاج =

يرون ان الزوج اذا كان موسرا وامتنع من الانفاق على زوجته فان أقر باليسار عجل القاضى الطلاق عليه · وفى قول يسجن حتى ينفق عليها فان سجن ولم ينفق يطلق عليه القاضى (١) أما اذا لم يكن للزوج مال ظاهر أو كان معسرا فقد اختلف الفقهاء فى ذلك على فريقين · فريق يرى أنه ليس من حق المرأة أن تطلب التفريق والفريق الآخر يرى ان من حق المرأة أن تطلب التفريق للاعسار ·

رأى الفريق القائل بعدم جواز التفريق :

يرى هذا الفريق من الفقهاء – وهم الأحناف (٢) والشافعية فى القول

=

جـ ٧ ص ٢٠٢ (ويرى الشافعية ان المال ان كان بمسافة القصر فأكثر فالزوجة أن تطلب الفسخ ولا تكلف الامهال للضرر · وقال الاذرعى لو قال احضره فى مدة الامهال أمهل · وأما ان كان المال بمسافة أقل من مسافة القصر فلا يجوز للمرأة أن تطلب الفسخ لأن المال يعتبر فى حكم الحاضر ويؤمر باحضاره عاجلا) وكشاف القناع جـ ٣ ص ٣١١ ، ٣١٢ ·

(١) شرح الزرقانى جـ ٤ ص ٢٥٦ وحاشية الصعيدى على شرح أبى الحسن جـ ٢ ص ١١٠ ·

(٢) مجمع الأنهر جـ ١ ص ٤٩٨ وفتح القدير جـ ٣ ص ٣٢٩ : الا أن بعض فقهاء الأحناف لاحظ الحرج الشديد الذى تقع فيه المرأة اذا كانت معدمة لاتمتلك شيئا تستطيع الانفاق منه ولم تجد من يقرضها لذا فقد جاز للقاضى الحنفى أن ينصب نائبا عنه يكون ممن مذهبه التفريق · وقد نقل ذلك ابن عابدين عن غرر الاذكار حيث قال : « أعلم ان مشايخنا استحسنوا أن ينصب القاضى الحنفى نائبا ممن مذهبه التفريق بينهما اذا كان الزوج حاضرا وأبى الطلاق لأن دفع الحاجة الدائمة لا يتيسر بالاستدانة اذ الظاهر انها لا تجد من يقرضها وغنى الزوج مآلا أمر متوهم فالتفريق ضرورى اذا طلبته » يراجع (ابن عابدين جـ ٢ ص ٧١٢) وقد علق صاحب الفتاوى الخيرية على هذا النص بقوله : « وقد اختار كثير من علمائنا ذلك من شدة الضرورة وهو ما ينشرح صدر الفقيه له لما فيه من رفع الحرج والأضرار بالنساء » يراجع (الفتاوى الخيرية جـ ١ ص ٧٢) ·

ونحن نرى ان هذا الرأى له وجاهته من حيث انه ينظر الى الأمور نظرة واقعية كما انه يعمل على تقريب وجهات النظر بين آراء الفقهاء ·

الثـانى عنـــدهم (١) وابن حــــزم من الظـــاهرية (٢) وبعض الزيدية (٣) والامامية (٤) - انه لا يجوز التفريق بين الزوجين بسبب اعسار الزوج بنفقة زوجته • لأنهم يرون ان الاعسار بالنفقة لا يعتبر مســوغا لطلب التفـــريق اذ العسر عرض لا يدوم • وبذلك قال الزهرى وعطاء وابن يسار والحسن البصرى والثورى وابن أبي ليلى وابن شبرمة وحماد بن أبى سليمان (٥) •

وقد استدل هذا الفريق بالكتاب والسنة والمعقول :

أولا - الكتـــــاب :

١ - قال تعالى : « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق ممـــا آتاه الله لا يكلف الله نفســـا الا ما آتاها سيجعل الله بعـــد عســر

---

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٠٢ وشرح المنهاج ج ٤ ص ٨١ •

(٢) المحلى ج ١٠ ص ٩١ ، ٩٢ : يرى ابن حزم ان الزوج اذا أعسر بنفقة زوجته فان كانت الزوجة غنية كلفت الانفاق عليه ولا ترجع عليه بشىء اذا أيسر الا أن يكون له ولد أو والد فنفقتـــه على ولـــده أو والده الا أن يكونا فقيرين • عملا بقوله تعالى : « وعلى الوارث مثل ذلك » قال على : الزوجة وارثة فعليها نفقته بنص القرآن • وأجيب عن هذا بأن سياق الآية فى نفقة المولود الصغير فيكون المراد وارث الصبى الذى يلزمه الارضاع • وعلى هـــذا فليس فى الآية ما يدل على وجوب انفاق الزوجة الموسرة على زوجهـــا المعسر (يراجع القرطبى ج ٣ ص ١٦٨ وسبل السلام ج ٣ ص ٢٢٥) •

(٣) البحر الزخار ج ٣ ص ٢٧٦ والتاج المذهب ج ٢ ص ٢٨٦ •

(٤) جواهر الكلام ج ٤ باب النفقة •

(٥) فتح القدير ج ٣ ص ٣٢٩ وســبل الســـــلام ج ٣ ص ٢٩٢ : وقال عبد الله بن الحسن العنبرى بعدم التفريق للاعسار ويحبس الزوج حتى يجد ما ينفق • ونحن نرى ان القول بحبس الزوج المعسر غير مجد لأن حبسه فى هذه الحالة يزيد اعساره ويمنع يساره لعدم قدرته على السعى فكان حبسه غير مجد بل يزيد اعساره •

يسرا » (١) .

وجه الاستدلال بهذه الآية انها تدل على ان الزوج غير مكلف بالانفاق على زوجته حال عسرته . واذا لم يكن مكلفا فلا يعد آثما بتركه الانفاق وبناء على هذا فلا يكون الاعسار سببا للتفريق (٢) اعترض على هذا الاستدلال بعدم صلاحيته للاحتجاج به . لأن الآية لا تدل على عدم تكليف المعسر بالانفاق كما يقولون . بل تدل على ان وجوب النفقة على الزوج معتبر بحسب حالته المالية يسرا وعسرا فان كان الزوج موسرا لزمه ان ينفق على زوجته على حسب غناه أما ان كان فقيرا فلا يلزم الا بما يقدر عليه فلا يكلف ما لا يطيق . ولو سلمنا فرضا ان الآية تدل على عدم التكليف بالانفاق للمعسر . فلا يلزم على هذا عدم جواز التفريق للاعسار اذا طلبت الزوجة ذلك . لأن التفريق للاعسار يدفع الضرر عن الزوجة ويخلصها من سلطانه لتتمكن من التكسب أو تتزوج برجل آخر يقوم بالانفاق عليها . وعلى هذا فاننا لم نكلف المعسر بالانفاق حال اعساره بل نكون قد دفعنا الضرر عن الزوجة بالتفريق بينهما .

٢ – قال تعالى : « وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة » (٣) .

وجه الاستدلال بهذه الآية . انها تدل على أن الله جل شأنه أمر صاحب الدين ان يمهل المدين اذا كان معسرا الى وقت ميسرته . والنفقة لا تعدو أن تكون دينا للزوجة على زوجها . وبناء على هذا تكون الزوجة مأمورة بامهال الزوج المعسر الى وقت ميسرته بالنص . وعلى هذا فلا يكون لها الحق فى طلب النفقة حينئذ ، واذا كان الأمر كذلك فليس من حقها أن تطلب التفريق بسبب اعسار الزوج (٤) .

---

(١) الآية رقم ٧ من سورة الطلاق .

(٢) زاد المعاد جـ ٤ ص ١٥٤ والألوسى جـ ٩ ص ١٠٥ ونيل الأوطار جـ ٦ ص ٣٢٥ .

(٣) الآية رقم ٢٨٠ من سورة البقرة .

(٤) فتح القدير جـ ٣ ص ٣٣٠ .

واعترض على هذا الاستدلال ٠ بأن المراد بالآية ربا الدين خاصة لأنها نزلت فى الربا وهذا قول ابن عباس وشريح والنخعى ٠ ويرى عامة الفقهاء ان الآية عامة فى كل دين ٠ وقال المتأخرون من العلماء : ان هذه الآية نص فى دين الربا وغيره من الديون مقيس عليه (١) ولو سلمنا بأن الآية مفيدة للعموم وتشمل دين النفقة كما يقولون ٠ الا أنا نقول ليس فى الآية ما يمنع من أن تطلب الزوجة التفريق للاعسار بالنفقة الحاضرة والمستقبلة لما يلحقها من الضرر لقوله تعالى : « فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » وأى ضرر أشد من ترك الزوجة بغير اتفاق (٢) ٠ كما انا نمنع أن النفقة دين لأن الأصل فى الدين أن يكون لما يثبت فى الذمة ٠ وأما النفقة فهى واجبة لما يستقبل فهى كثمن المبيع الذى لم يقبض اذ للبائع الإمتناع من تسليمه حتى يستوفى الثمن ٠ وعلى هذا فللمرأة أن تمتنع من تسليم نفسها للزوج أو حبس نفسها عليه لعدم الانفاق واذا كان لها الحق فى عدم الانحباس على الزوج كان هذا هو معنى أن يكون لها حق طلب التفريق ٠ على أن دليلهم أخص من الدعوى ٠

ثانيا - السنة :

روى عن جابر رضى الله عنه انه قال (٣) : دخل أبو بكر وعمر رضى الله عنهما على رسول الله صلى الله عليه وسلم فوجداه جالسا وحوله نساؤه واجما ساكتا ٠ فقال أبو بكر : يارسول الله لو رأيت بنت خارجة سألتنى النفقة فقمت اليها فوجأت عنقها ٠ فضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : هن حولى كما ترى يسألننى النفقة ٠ فقام أبو بكر رضى الله عنه الى عائشة يجأ عنقها وقام عمر رضى الله عنه الى حفصة يجأ عنقها كلاهما يقول تسألن

---

(١) أحكام القرآن لابن العربى جـ ١ ص ٢٤٥ ٠
(٢) سبل السلام جـ ٣ ص ٢٢٤ ٠
(٣) زاد المعاد جـ ٤ ص ١٥٤ ، ١٥٥ وسبل السلام جـ ٣ ص ٢٢٥ ونيل الأوطار جـ ٦ ص ٣٢٦ والمحلى جـ ١٠ ص ٩٦ ، ٩٧ ٠

رسول الله ما ليس عنده . فقلن : والله لا نسأل رسول الله شيئا أبدا ليس عنده ثم اعتزلهن رسول الله صلى الله عليه وسلم شهرا .

وجه الاستدلال . ان هذا الحديث يدل على عدم وجوب النفقة على الزوج المعسر لأن أبا بكر وعمر رضى الله عنهما لما همـا بضرب ابنتيهما اذ ســألا رسول الله صلى الله عليه وسلم نفقة لم يجدها دل ذلك على عدم وجوبها . لأن من المحال أن يضربا طالبتين للحق ويقرهما الرسول على ذلك . فهذا دليل على انه لا حق لهما فى طلب النفقة فى حال الاعسار . واذا كان طلب النفقة فى هذه الحال باطلا فكيف تمكن المرأة من طلب التفريق . هـذا وكان فى الصحابة الموسر والمعسر وكان المعسرون أضعاف الموسرين ولم يثبت ما يدل على حصول التفريق بين المعسرين من الصحابة وزوجاتهم .

اعترض على هذا الدليل بأنه فى غير موضع النزاع . لأن غاية ما يفيده عدم جواز مطالبة المعسر بما ليس عنده . وموضوع النزاع فى جواز التفريق للاعسار وليس فى الحديث ما يدل على ذلك . لأن نساء النبى صلى الله عليه وسلم لم يسألنه الطلاق للاعسار بالنفقة لأن الله تعالى خيرهن فاخترن النبى صلى الله عليه وسلم والدار الآخرة . كما أن أزواج النبى صلى الله عليــه وسلم لم يعدمن النفقة بالكيــة لأن النبى صى الله عيه وسم اسـتعاذ من الفقر المدقع فهذا يرجع طلب الزيادة على النفقة المعتادة . أما اقراره صلى الله عليه وسلم لشيخين على ضرب ابنتيهما . فلأن للآباء تأديب الأبناء اذا أتوا مالا ينبغى . وبهذا يخرج الدليل عن محل النزاع .

أما المعسرون من الصحابة . فلم يعلم أن امـرأة طلبت التفريق لاعســار الزوج بالنفقة ومنعها من طلب التفريق حتى يكون حجـة لهم . بل من المعلوم ان كل نساء الصحابة كن يصبرن على ضنك العيش كما قال مالك : ان نســاء الصحابة كن يردن الآخرة وما عند الله تعالى ولم يكن مرادهن الدنيا فلم يكن يبالين بعسر أزواجهن بخلاف نساء اليوم فانمــا يتزوجن رجاء الدنيــا

وزخرفها (١) ·

ثالثا - المعقـــــول :

وهو ان التفريق بسبب الاعسار يترتب عليه ابطال حق الزوج بالكليـة أما فى حالة عدم التفريق فالذى يترتب عليه تأخير حق الزوجة بحيث يصير دينا عليه وتأخير الحق أهون شأنا من ابطاله فاذا دار الأمر بينهما وجب المصير الى التأخير عملا بالأصل المقرر شرعا وهـو ارتكاب أخف الضررين وهـو الأولى (٢) ·

وأجيب عن هذا الدليل · بأن الزوجة قد لا تجد من يقرضها ولو وجدت حينا فلا تجد آخر وبذلك تقع فى الضنك والحَرج المرفوع بنص الشريعة ولا أدل على ذلك من قوله صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » وأى ضرر أكبر من ألا تجد المرأة قوتها فتموت جوعا أو تفرط فى نفسها أليس من البديهى أن التفريق بينهما أخف مما يؤدى الى الموت · وبناء على هذا تكون الزوجة بالخيار بين البقاء مع زوجها والصبر على الاعسار وبين أن تطلب التفريق للاعسـار فاذا طلبت التفريق فرق القاضى بينهما للاعسار · وعلى هـــذا فالقول بعدم التفريق كما يقولون ليس فيه ارتكاب لأخف الضررين ·

---

(١) سبل السلام جـ ٣ ص ٢٢٥ ونيل الأوطار جـ ٦ ص ٣٢٦ والمحلى جـ ١٠ ص ٩٦ ، ٩٧ ·

(٢) فتح القدير جـ ٣ ص ٣٣٠ ·

مذهب القائلين بالتفريق للاعسار (١) :

ذهب المالكية (٢) والشافعية (٣) على أرجح القولين عندهم والحنابلة (٤) وبعض الزيدية (٥) الى القول بجواز التفريق بين الزوجين لاعسار الزوج بالنفقة ٠ وان الزوجة فى هذه الحالة مخيرة بين الاقامة مع زوج والصبر على ما ابتليت به من عدم الانفاق وبين أن تطلب التفريق لذلك ٠ اذ الجوع لا صبر عليه ، وبهذا قال اسحاق وأبو ثور وأبو عبيد ويحيى القطان ، وقاله من الصحابة عمر وعلى وأبو هريرة ، ومن التابعين سعيد بن المسيب ٠ وجمهور الفقهاء وان اتفقوا على جواز التفريق من حيث المبدأ الا أنهم اختلفوا فى بعض الجزئيات وسنبين ذلك بعد ذكر الأدلة ٠

وقد استدلوا لذلك بالكتاب والسنة والمعقول ٠

---

(١) خالف ابن قيم الجوزية الحنابلة فى التفريق للاعسار حيث قال : لا يجوز التفريق الا فى حالتين : **الأولى** : اذا غر الرجل المرأة حين العقد عليها بأن أوهمها انه موسر فتزوجته على هذا الأساس ثم تبين لها بعد الزواج أنه رجل معدم لا يمتلك شيئا فيجوز للمرأة حينئذ ان تطلب التفريق ٠ **والثانية** : اذا كان الزوج ذا مال يسمح له بالانفاق على زوجته الا أنه امتنع من الانفاق ولم تستطع الزوجة أخذ كفايتها من ماله بنفسها أو بالقضاء فيجوز لها حينئذ أن تطلب التفريق أما اذا تزوجته وهى عالمة باعساره أو كان موسرا وقت الزواج ثم أعسر فان الزوجة لا تملك أن تطلب التفريق للاعسار فى الحالتين وعليها أن تصبر وتواسى زوجها لأن المال غاد ورائح ٠ ويرى ابن القيم أن ما ذهب اليه من التفصيل هو ما تقتضيه أصول الشريعة وقواعدها العامة (يراجع زاد المعاد جـ ٤ ص ١٥٦) ٠

(٢) منح الجليل جـ ٢ ص ٤٤٢ والشرح الكبير جـ ٢ ص ٥١٨ والزرقانى جـ ٤ ص ٢٥٥ ٠

(٣) نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٢٠٢ وشرح المنهاج جـ ٤ ص ٨١ ٠

(٤) كشاف القناع جـ ٣ ص ٣١٠ والمحرر جـ ٢ ص ١١٦ ٠

(٥) البحر الزخار جـ ٣ ص ٢٧٦ وقد قال بهذا الرأى من الزيدية الامام يحيى وغيره اذ النفقة عوض الاستمتاع بدليل سقوطها بالنشوز فاذا بطل العوض بطل المعوض كالبيع والثمن وكالفسخ بالعيب ٠

أولا ـ الكتـــاب :

قال تعالى : « الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » (١). وقال تعالى : « واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا » (٢) ٠

وجه الاستدلال ٠ ان الآية الأولى أوجبت الامساك بالمعروف أو التسريح بالاحسان ٠ وليس من المعروف امساك الزوجة بلا نفقة عليها فكان الواجب هو التسريح بالاحسان ٠ فان لم يفعل كان خارجا عن حد المعروف فيطلق عليـه القاضى من أجل الضرر اللاحق لها من بقائها عند من لا يقدر على نفقتها (٣) ٠

فان قيل : اذا كان العاجز عن الانفاق لا يمسك بالمعروف فكيف تكلفونه غير المعروف وهو الانفاق ٠ ولا يجوز تكليف ما لا يطاق (٤) ٠

فالجواب عن هذا ان العاجز عن الانفاق اذا لم يطق الانفـــاق بالمعروف أطاق الاحسان بالطلاق فوجب المصير اليه والا فالامساك مع عدم الانفـاق ضرار ٠ والضرر مرفوع بقول النبى صلى الله عليـــه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار » (٥) ٠

وأما الآية الثانية فانها تدل على النهى عن امساك الزوجة عـلى وجه الاضرار بها وعلى هذا فاذا كان الزوج معسرا بالانفاق على زوجته ففى امساكها وعدم تسريحها اضرار بها فاذا طلبت التفريق لأجل ذلك فرق القاضى بينهما

---

(١) الآية رقم ٢٢٩ من سورة البقرة ٠
(٢) الآية رقم ٢٣١ من سورة البقرة ٠
(٣) القرطبى ج ٣ ص ١٥٥ وأحكام القـــرآن لابن العربى ج ١ ص ٨٥ والبحر الزخار ج ٣ ص ٢٧٦ ٠
(٤) أحكام القرآن لابن العربي ج ١ ص ٨٠ ٠
(٥) أحكام القرآن لابن العربى ج ١ ص ٨٥ ٠

لرفع الضرر عنها (١) ٠

فان قيـــل : ان الآية نزلت فيمن كان يطلق فاذا كادت العدة تنقضى راجع ٠ أجيب عن هذا بأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب ٠

فان قيل : لو كان الفراق واجبا لما جاز للزوجة البقـــاء مع زوجهـــا لو رضيت بذلك ٠ أجيب عن هذا بأن الاجماع قد دل على جواز بقاء الزوجة اذا رضيت لأنه انما وجب لحقها فجاز أن تسقطه فيبقى ماعـــداه على عمـــوم النهى (٢) ٠

ثانيا ـ السـنة :

روى عن أبى هريرة رضى الله عنه قال (٣) : قال النبى صلى الله عليه وسلم : أفضل الصدقة ما ترك غنى ٠ واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول ٠ تقول المرأة اما أن تطعمنى واما أن تطلقنى ٠ وفى رواية « والا فارقنى » (٤) رواه الدارقطنى واسناده حسن (٥) ٠

هذا الحديث يدل على أن الزوج اذا لم ينفق على زوجته سواء أكان يملك الانفاق وامتنع أم كان معسرا لا يجد ما ينفقه على زوجته كان للزوجة حينئذ أن تطلب التفريق لعدم الانفاق فاذا طلبت التفريق وامتنع الزوج فرق القاضى بينهما ٠

اعترض على هذا الدليل بعدم صلاحيته للاحتجاج به لأنه موقوف على

---

(١) فتح البارى جـ ٩ ص ٤٠٤ ونيل الأوطار جـ ٦ ص ٣٢٥ ٠
(٢) فتح البارى جـ ٩ ص ٤٠٤ ٠
(٣) فتح البارى جـ ٩ ص ٤٠٣ ، ٤٠٤ ، سنن البيهقى جـ ٧ ص ٤٧١ ٠
(٤) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٣٢٤ ٠
(٥) سبل السلام جـ ٣ ص ٢٨٩ ٠ وفى رواية أخرى عن أبى هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى وابدأ بمن تعول ٠٠ الحديث وفتح البارى جـ ٩ ص ٤٠٤ ٠

أبى هريرة ٠ حيث قالوا يا أبا هريرة سمعت هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم ٠ قال : لا ٠ هذا من كيس أبى هريرة ٠ هذا بالاضافة الى أنه ليس فيه ما يدل على ان الزوج يلزم بالطلاق فى حال الاعسار ٠ كما انه عام لايخص المعسر ولا الموسر ٠ ولا خلاف ان الموسر اذا لم يطعم لا يجبر على التفريق بل يحبس ٠ ولو سلم أنه من كلام النبى صلى الله عليه وسلم كان معناه الارشاد الى ما ينبغى مما يدفع به ضرر الدنيا (١) ٠

وأجيب عن هذا بأن الحديث وان كان ظاهره أنه موقوف على أبى هريرة وليس مرفوعا فلا مانع من الاحتجاج به لأنه تأيد بما رواه الدارقطنى وأخرجه البيهقى عنه مرفوعا ان النبى صلى الله عليه وسلم قال فى الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته انه يفرق بينهما (٢) وهذا يرجح حمل الحديث الأول على المعسر ٠ أما القول بأن الحديث محمول على الارشاد فقول مناف لقواعد الأصول حيث ان الأصل فى الأمر أن يكون للوجوب ما لم يصرفه صارف عن الوجوب الى الندب والارشاد ٠ ولا صارف هنا بل القرائن كلها تؤكد ان الأمر للوجوب لقوله تعالى : « فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » وأى ضرر أشد من ترك الزوجة بغير نفقة ٠

وعن أبى الزناد قال (٣) : سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال يفرق بينهما قال أبو الزناد : قلت سنة ٠ قال سعيد : سنة وهذا الأثر يدل بنصه على أن الزوج اذا أعسر بنفقة زوجته يفرق بينهما ٠

---

(١) فتح القدير ج ٣ ص ٣٣١ والزيلعى ج ٣ ص ٥٥ والمحلى ج ١٠ ص ٩٤ ٠ (كيس) بكسر الكاف أى من حاصله اشارة الى أنه من استنباطه مما فهمه من الحديث المرفوع وبفتح الكاف الى من فطنته (فتح البارى ج ٩ ص ٤٠٣ ، ٤٠٤) ٠

(٢) نيل الأوطار ج ٦ ص ٣٢٤ ٠

(٣) سنن البيهقى ج ٧ ص ٤٦٩ ٠ وهذا مرسل قوى ومراسيل سعيد معمول بها لما عرف انه لايرسل الا ثقة (يراجع سبل السلام ج ٣ ص ٢٩٠) ٠

وعلى هذا يكون الدليل حجة فى اثبات التفريق بالاعسار وأولى منه التفريق بالامتناع عن الانفاق لأنه حيث ثبت جواز التفريق على من لم يجد ولم يقع منه اضرار متعمد فمن الأولى أن يثبت التفريق على من تعمد الاضرار فانتهضت الحجة به على شقى الدعوى ٠ فان قيل انه فتوى من سعيد بن المسيب وان قوله سنة يحتمل أن تكون سنة بعض الفقهاء قلنا ان السنة اذا أطلقت فانما تنصرف الى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم لا سيما وان الظاهر من سؤال السائل عنها انه يسأل عن سنته صلى الله عليه وسلم فكان سؤاله قرينة قوية على أن المراد بالسنة السنة المتعارفة من سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ٠

ثالثا - المعقــــول :

قاس الجمهور التفريق بين الزوجين لعجز الزوج عن الانفاق على التفريق بينهما للعجز عن الاتصال الجنسى بجامع الضرر فى كل (١) وقد قال ابن المنذر فى ذلك : أجمع العلماء - عدا ابن حزم (٢) - على جواز التفريق بالعنة للضرر ٠ وضرر عدم الانفاق أعظم من ضرر العنة لأن المرأة تستطيع الصبر عن الاستمتاع لكنها لا تستطيع الصبر على الجوع (٣) ٠

اعترض على هذا الدليل بأنه قياس مع الفارق لأن المال فى الزواج تابع من التوابع بخلاف الاتصال الجنسى فانه مقصود اصالة للتوالد وفوات التابع لا يقاس على فوات المقصود لأن النفقة لا تسقط بالعجز وانما تصير دينا على الزوج بخلاف الاتصال الجنسى فانه اذا لم يوجد يفوت حق الزوجة فيه ولا يصير دينا على الزوج (٤) ٠

---

(١) المهذب جـ ٢ ص ٦٣ ٠
(٢) المحلى جـ ١٠ ص ٥٨ ٠
(٣) سبل السلام جـ ٣ ص ٢٩١ ٠
(٤) المبسوط جـ ٥ ص ١٩١ ٠

ويجاب عن هذا بأن كون الوطء هو المقصود الأصلى من الزواج لذا جاز التطليق بفواته بخلاف النفقة لأنها تابع ٠ **أقول** : هـذا لا يمنع من جـواز التفريق لعدم الانفاق اذ الواقع الملموس أن فوات النفقـة يؤدى الى عـدم القدرة على الوطء ٠ فصارت النفقة فى واقع الحياة الزوجية هى الأصل لامكان الاستمتاع ولا شك ان مقدمة الواجب واجبة بوجوبه فلتسقط بسقوطه ٠

ونحن نرى - بناء على ما سلف بيانه - ان الراجح هنا هو مذهب جمهور الفقهاء لقوة أدلتهم وسلامتها من المعارض ولاتفاقه مع المنطق والعقل اذ ليس من العدل أن تبقى الزوجة محبوسة على ذمة زوجها وهو لا يستطيع الانفـاق عليها لاعساره اذ قد يلحقها ضرر عدم الانفاق ٠ وأى ضرر أشد من ألا تجد الزوجة ما تقتات به فاما أن تموت جوعا واما أن تفرط فى نفسها ٠ وفى التفريق لعدم الانفاق - ان طلبت ذلك - رفع لهذا الضرر ومحافظة على عفة المرأة ٠

آراء الفقهاء فى الجزئيات المختلف فيها :

أولا - امتناع الموسر من الانفاق :

اذا كان الزوج موسرا وامتنع من الانفاق على زوجته فللمالكية فى ذلك قولان ٠ الأول تعجيل الطلاق عليه ٠ والقول الثانى يسجن الزوج حتى يقـوم بالانفاق ٠ فان أصر على الامتناع بعد سجنه طلق القاضى عليه (١) هذا اذا كان الزوج حاضرا ٠ فان كان غائبا غيبة بعيدة ولا مال له أو له مال لاتستطيع الزوجة استيفاء حقها منه الا بمشقة فحكمه حينئذ حكم العاجز عن الانفاق اذا كان حاضرا ٠ وقال ابن رشد اذا كان الغائب مجهول الحال فللزوجة الخيار فى الفراق وعدمه أما اذا كان معروف الملاء فالنفقة عليه ولا خيار للزوجة حينئذ (٢)٠

أما الشافعية فلهم فى ذلك قولان : الأول انه لا يجوز للزوجة أن تطلب

---

(١) مواهب الجليل جـ ٤ ص ١٩٦ والشرح الكبير جـ ٢ ص ٥١٩ ٠
(٢) منح الجليل جـ ٢ ص ٤٤٣ ٠

التفريق لعدم الانفاق اذا كان الزوج موسرا وامتنع من الانفاق عليها لأنها تستطيع أن تحصل على حقها من ماله برفع الأمر الى القضاء فيأمره بدفع النفقة فان أصر على الامتناع بعد أمر القاضى له حبسه حتى ينفق . والقول الثانى يجوز للزوجة أن تطلب التفريق لتضررها بالمنع (١) فان كان الزوج غائبا بعث القاضى الى قاضى البلد الذى يقيم فيه الزوج ليقوم بالزامه بدفع النفقة وهذا ان علم مكانه ويساره . فان جهل حاله يسارا واعسارا فلا يجوز للزوجة أن تطلب التفريق ولو شهدت بينة بأنه غاب معسرا ما لم تشهد باعساره الآن وهذا ما اعتمده الزيادى والرملى . وقال بعض المتأخرين منهم اذا انقطع خبر الغائب جاز للزوجة أن تطلب التفريق (٢) أما الحنابلة فيرون أن الزوج اذا كان موسرا وامتنع من الانفاق فان استطاعت الزوجة أخذ كفايتها من ماله كان لها ذلك وحينئذ لا يجوز لها أن تطلب التفريق أما ان تعذر عليها أخذ كفايتها من ماله رفعت الأمر الى القضاء ليجبره على دفع النفقة فان أبى حبسه . فان أصر بعد الحبس على الامتناع ولم يستطع القاضى الوصول الى ماله لأخذ النفقة منه جاز للزوجة أن تطلب التفريق . لأن الزوج فى هذه الحالة يعتبر ممسكا لها بغير معروف فيكون ظالما لها والقاضى منوط برفع الظلم . وهذا ما استظهره الخرقى واختاره أبو طالب . وقال القاضى ليس لها أن تطلب الفسخ (٣) ان كان الزوج غائبا واستطاع القاضى أخذ كفايتها من ماله فلا يجوز للزوجة أن تطلب الفسخ . أما اذا لم يكن للغائب فللزوجة حينئذ أن تطلب الفسخ وعلى القاضى أن يجيبها الى طلبها لتعذر الانفاق (٤) وقال الزيدية اذا كان الزوج موسرا وامتنع من الانفاق فلا يجوز فسخ النكاح متى أمكن اجباره على دفع النفقة فان تعذر اجباره فللحاكم أن يفرق بينه وبين

---

(١) نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٢٠٢ وشرح المنهاج جـ ٤ ص ٨١ .
(٢) نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٢٠٢ وشرح المنهاج جـ ٤ ص ٨١ .
(٣) المغنى جـ ٩ ص ٢٤٥ ، ٢٤٦ وكشاف القناع جـ ٣ ص ٣١٢ والمحرر جـ ٢ ص ١١٦ .
(٤) نفس المراجع السابقة .

مداناتها (١) فان كان الزوج غائبا وله مال أخذ القاضى منه قدر ما تحتاج اليه الزوجة فى مدة غيبته بشرط أن تقدم الزوجة كفيلا بحيث لو ظهر الأمر على خلاف ما ادعت تحمل الكفيل ما أخذته الزوجة • أما اذا غلب على ظن القاضى صدقها فلا داعى للكفيل لأن ذلك موكول الى نظره وعلى هذا فلا يجوز لها أن تطلب الفسخ • أما اذا كان الغائب لا يعلم خبره فسخ القاضى النكاح دفعا للضرر عن الزوجة (٢) •

مقدار النفقة الموجب للتفريق :

يرى المالكية (٣) ان الزوج اذا لم يستطع القيام بالانفاق على زوجته الا بمقدار ما يمسك الحياة فقط صار حكمه حينئذ حكم العاجز عن الانفاق • لأننا لو ألزمنا المرأة بالاقامة معه على تلك الحال فقد يلحقها الضرر • لأنها قد لا تصبر على ذلك فيجوز لها أن تطلب التفريق • أما اذا كان قادرا على الانفاق بمقدار القوت الكامل من الخبز سواء أكان معه ادام أم لا • وكذلك الأمر اذا كان قادرا على شراء ما يستر جميع بدنها ولو كان مما لا يليق بمثلها فلا يجوز للزوجة حينئذ أن تطلب التفريق حتى ولو كانت غنية على المشهور عندهم • وخالف فى ذلك أشهب حيث يرى ان الزوجة اذا كانت غنية ولم يستطع الزوج الانفاق عليها بما يناسب غناها جاز لها أن تطلب التفريق • أما الشافعية فيرون ان الزوج اذا أعسر بنفقة المعسر أو ببعضها أو بالكسوة أو ببعضها الضرورى كقميص وخمار وجبة شتاء ثبت للزوجة خيار الفسخ اذ الضرر انما يتحقق حينئذ لأن البدن لا يقوم ولا يبقى بدونهما • وفى الاعسار بالمسكن قولان • الأول ثبوت الفسخ لأنه يلحقها الضرر بفقده ويتعذر الصبر على دوام فقده والثانى لا يثبت الفسخ لأنها لا تعدم موضعا تسكن فيه كالبيت

---

(١) التاج المذهب جـ ٢ ص ٢٨٥ ، ٢٨٦ •
(٢) البحر الزخار جـ ٣ ص ٢٧٦ ، ٢٧٧ •
(٣) الخرشى جـ ٤ ص ١٩٨ ومواهب الجليل جـ ٤ ص ١٩٦ والشرح الكبير جـ ٢ ص ٥١٩ •

المعد لخطيب المسجد · والاعسار بالادم كالاعسار بالنفقة لتعذر الصبر على دوام فقده فيثبت لها خيار الفسخ وقيل الأصح عدم ثبوت الفسخ بالاعسار بالادم لأنه تابع مع سهولة قيام البدن بدونه (١) ·

والحنابلة يرون أن الاعسار بالنفقة الضرورية - وهى نفقـــة المعسر - وكذلك الكسوة مجيز للفسخ لخروجه عن حد الامساك بالمعروف فيتعين التسريح باحسان وفى الاعسار بالمسكن وجهان · أما لو أعسر بنفقة الموسر أو المتوسط فلا فســـخ لأن ذلك يمكن المـــرأة الصـــبر عنه (٢) وممن قال بذلك بعض الزيدية (٣) ·

ونحن نرى ان القاضى أن يجتهد فيما يمكن أن تصبر عليه المرأة بحسب حالها ومتعارف أوساطها وأمثالها · فان أمكن لأمثالها أن تصبر على ما تقتات به مما وجد الزوج مدة من الزمن لم يمكنها القاضى من التفريق فى هذه المـدة فاذا مضت المدة التى تصبر أمثالها على مثل ما تقتات به كان لها أن تطلب التفريق ويحكم لها القاضى به وذلك يختلف باختلاف النساء · فمن النساء من تصبر على اعسار الزوج مددا طويلة · ومنهن من لا تصبر الا اليسير من الزمن فكان للقاضى النظر فى كل حالة بما يليق بها · وأيا ما كان فلا يمكن الزوجة من التفريق فورا بل لابد من الانتظار بما يمكن لأمثالها الصبر عليه ·

ما يسقط حق التفـــريق :

يرى المالكية ان علم الزوجة باعسار زوجها عند العقد عليها ورضاها بذلك مسقط لحقها فى طلب التفريق · وكذلك الأمر اذا علمت عند العقد عليها انه من السؤال - جمع سائل - فليس لهـــا الحق فى طلب التفـريق الا اذا تركه

---

(١) المهذب جـ ٢ ص ١٦٣ ونهاية المحتاج جـ ٧ ص ٢٠٤ ·
(٢) كشاف القناع جـ ٣ ص ٣١٠ ، ٣١١ والمحرر جـ ٢ ص ١١٦ ·
(٣) البحر الزخار جـ ٣ ص ٢٧٦ ·

السؤال وكذلك اذا كان مشهورا بالعطاء الا اذا انقطع (١) كما يسقط حقها فى طلب التفريق اذاتطوع لها بالنفقة متطوع قريبا كان أم أجنبيا لزوال الضـرر واندفاع حاجتها بذلك (٢) وحجتهم فى ذلك انهم قاسوا اسقاط حق الزوجة فى التفريق للاعسار على اسقاط حقها فى التفريق للعنة اذا رضيت وأسقطت حقهـا ٠

أما الشافعية والحنابلة فيرون ان علم الزوجة حين العقد عليهـا بإعسار زوجها لا يسقط حقها فى طلب الفسخ وكذلك رضاها حتى لو اشـــترط الزوج عليها ان لا نفقة لها عليه فهذا الشرط لا يكون مسقطا لحقها لمخالفته لمقتضى العقد وحجتهم ان حق النفقة يتجدد فى كل يوم فاذا أسقطت حقها فى يوم تجدد فى اليوم التالى (٣) وبذلك قال الزيدية ٠ فاذا تبرع شخص بالنفقة فان كان أبا أوجدا للزوج وهو فى ولايته سقط حقها فى طلب التفريق ولزمهــا القبول لدخولها فى ملك الزوج تقديرا أما اذا كان المتبرع أجنبيا فلا تجبـــر الزوجة على قبول النفقة ولا يسقط حقها فى التفريق لما فيه من المنة بخـــلاف ما لو سلمها المتبرع للزوج وهو بدوره سلمها للزوجة فيلزمها القبول حينئذ لانتفاء المنة (٤) ٠

ونحن نرى ان ما ذهب اليه الشافعية والحنابلة أقرب الى القبول ٠ ووجهه ان النفقة تجب للمستقبل لا للماضى وما وجب للمستقبل لا يمكن اسقاطه لأنه اسقاط قبل الاستحقاق فلا يلزم وعلى هذا فللزوجة الحق فى طلب التفريق فى أى وقت متى لم تجد نفقتها ٠ فان وجدت نفقتها بمالا منة لأحد عليهـــا فيه وجب قبولها كما لو دفعها الأب أو الجد أو غيرهما للزوج فان المنة فى هذه الحالة تنتفى عنها فيسقط حقها فى طلب التفريق ٠

---

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه جـ ٢ ص ٥١٨ ، ٥١٩ ٠

(٢) مواهب الجليل جـ ٤ ص ١٩٩ ٠

(٣) نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٢٠٦ وكشاف القناع جـ ٣ ص ٣١٠ ، ٣١١ ، والبحر الزخار جـ ٣ ص ٢٧٦ ٠

(٤) نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٢٠٢ ، ٢٠٣ ٠

نوع الفرقة لعـدم الانفاق :

يرى المالكية ان التفريق لعدم الانفاق طلاق رجعى اذا كان بعد الدخـول ولم يكن مكملا للثلاث لأن الفرقة لعدم الانفـاق تشبه الفـــرقة بالايلاء فى أن المقصود بكل منهما منع المضارة والايلاء عندهم طـلاق رجعى فكذلك التفريق لعدم الانفاق ٠ وهذه الفرقة تتوقف على قضاء القاضى ليرفع الخلاف من حيث اثبات العجز أو عدمه ٠ فاذا أراد الزوج مراجعة زوجته فى عدتها فله ذلك الا أنه مقيد بزوال السبب الذى أوجب التفريق وذلك بأن يكون قادرا على الانفاق اذا كان قد ثبت اعساره ٠ وأن يكون مستعدا للانفاق اذا كان التفريق لامتناعه عن الانفاق مع يساره ٠ ويشترط فى اليسار أن يكون بقدر ما يجب لمثلها على مثله وليس بقدر الضرورة فان أيسر بأقل من ذلك فلا تجوز المراجعة ٠ وعلى هذا فاذا وجد الزوج فى أثناء عدتها نفقة شهر كان له الحق فى الرجعة عنـــد ابن القاسم وابن الماجشون ٠ وقيل نصف شهر ٠ قال ابن عبد السلام وينبغى تأويل هذا على ظن ما اذا كان الزوج قادرا على ادامة النفقة بعد ذلك (١) ٠

ويرى الشافعية والحنابلة ان التفريق بالاعسار فسخ لا طـلاق لأن هذه الفرقة سببها العجز عن القيام بالنفقة فهى ليست فرقة من الزوج بل بحكم القاضى وعلى هذا فلا تحتسب من عدد الطلقات ٠ والفسخ للاعسار يتوقف على قضاء القاضى لأنه مختلف فيه ٠ فان عجزت الزوجة عن رفع الأمر الى القضاء وذلك بان لم تجد قاضيا بمحلها أو غير ذلك من الأسباب المانعة فللزوجة حينئذ الاستقلال بالفسخ للضرورة وينفذ ظاهرا وباطنا وبذلك جزم جمع من الشافعية ٠ بخلاف الحنابلة فانهم لا يجيزون للزوجة أن تفسخ بنفسها الا اذا أمرها الحاكم بذلك (٢) ٠

---

(١) الخرشى جـ ٤ ص ١٩٨ وحاشية الدسوقى جـ ٢ ص ٥١٩ ٠
(٢) نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٢٠٥ والمهذب جـ ٢ ص ١٦٤ وكشاف القناع جـ ٣ ص ٣١٣ ٠

ونحن نرى أن الراجح هنا هو مذهب المالكية باعتبار أن الزوج اذا أيسر أثناء العدة كان له مراجعة مطلقته ، لأنه تطليق ثبت لضرر يمكن زواله فاذا زال لم يكن للزوجة سبب فى الامتناع عن الاقامة مع الزوج لا سيما اذا لاحظنا أن اليسر والعسر لا مدخل للزوج فيهما . أما على القول بأن التفريق فسخ ففيه حرمان الزوج من حق المراجعة فمن الأولى أن يستبعد وهذا ما نراه أوفق بالتيسير فى الشريعة الاسلامية .

التفريق لعدم الانفاق فى القانون :

نص القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ - المعمول به حاليا فى جمهورية مصر العربية - على التفريق لعدم الانفاق فى المواد من ٤ - ٦ .

مادة (٤) : نصت هذه المادة على أنه « اذا امتنع الزوج عن الانفاق على زوجته فان كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه فى ماله . فان لم يكن له مال ظاهر ولم يقل انه معسر أو موسر ولكن أصر على عدم الانفاق طلق عليه القاضى حالا وان أثبته أمهله مدة لا تزيد على شهر فان لم ينفق طلق عليه بعد ذلك » .

مادة (٥) : نصت هذه المادة على انه « اذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة فان كان له مال ظاهر نفذ عليه الحكم بالنفقة فى ماله وان لم يكن له مال ظاهر أعذر اليه القاضى بالطرق المعروفة وضرب له أجلا فان لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها أو لم يحضر للانفاق عليها طلق عليه القاضى بعد مضى الأجل . فاذا كان بعيد الأجل لا يسهل الوصول اليه . أو كان مجهول المحل أو كان مفقودا وثبت انه لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضى وتسرى هذه المادة على المسجون الذى يعسر بالنفقة » .

مادة (٦) : نصت هذه المادة على أن « تطليق القاضى لعدم الانفاق يقع رجعيا وللزوج أن يراجع زوجته اذا ثبت يساره واستعد للانفاق فى أثناء العدة فان لم يثبت ايساره ولم يستعد للانفاق لم تصح الرجعة » .

من هذه المواد يتضح ان القانون قد استمد أحكامه من مذهب المالكية ٠ وعلى هذا أرى أن القانون لم يتعرض بصراحة للاعسار الذى يستدعى التفريق ٠ هل هو الاعسار عن الضروريات ؟ أم الاعسار عن نفقة أمثالها ٠ واطلاق المواد يدل على أن المراد الاعسار بالنفقة الواجبة للزوجة على زوجها وذلك يكون بحسب حالهما ٠ وهذا يزيد عن الضرورى وكان الواجب على واضعي القانون توضيح ذلك وتحديده تسهيلا لمهمة القضاء كما ان هذه المواد لم تتعرض لحالة ما اذا تطوع انسان بالانفاق على زوجة المعسر ٠ وكان من الواجب على واضعي القانون النص على ذلك فاذا وجد من يتقدم لعمل الخير محافظة على كيان الأسرة فما المانع من قبول النفقة ؟٠

كذلك لم تتعرض هذه المواد لحالة ما اذا كانت الزوجة عالمة باعساره حين العقد عليها فكان من الواجب توضيح هذه الأمور ٠ بناء على هذا نرى أنه يجب الرجوع بشأن هذه المواد الى مذهب الأمام مالك الذى هو المصدر التاريخى للقانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠ لأن مذهب الأحناف الذى يرجع اليه عند عدم النص مخالف لهذه المواد ٠

المبحث الثالث

فى التفريق لغيبة الزوج أو حبسه (١)

ان الأصل فى كل زواج يتم بين شخصين أن يكون سكنا لهما لأن كل

---

(١) التفريق لفقد الزوج ٠ يرى الأحناف أن المفقود حى فى حق نفسه وعلى هذا فلا تخرج امرأته عن عصمته حتى يصح لها موته أو طلاقه ٠ لقول على رضى الله عنه : هى امرأة ابتليت فلتصبر حتى يتبين موته أو طلاقه ٠ لأن عقدها ثابت بيقين فلا يرتفع الا بيقين ٠ فاذا مضى من عمر المفقود مالا يعيش اليه اقرانه وهو تسعون سنة من وقت ولادته على ظاهر المذهب ٠ اعتدت زوجته عدة الوفاة عند الحكم بموته لأن الحياة بعد هذه المدة نادرة ولا عبرة بالنادر وعليه الفتوى عندهم ٠

وبهذا قال الظاهرية وبعض الزيدية وهو قول الشافعى فى الجديد وهو
=

. . . .

الأصح • أما قوله فى القديم فللزوجة أن تفسخ النكاح بعد تربصها أربع سنين ثم تعتد عدة الوفاة بعد انتهاء أجل التربص ثم تحل للازواج • لما روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه أمر امرأة المفقود ان تمكث أربع سنين ثم تعتد عدة الوفاة ثم تتزوج •

وقال بعض الزيدية : اذا لم يحصل اليقين بموت المفقود تربصت امرأته العمر الطبيعى وهو مائة وعشرون سنة وقيل مائة وخمسون الى مائتين (يراجع مجمع الأنهر جـ ١ ص ٧٢٠ ـ ٧٢٢ والأم جـ ٥ ص ٢٢١ ، ٢٢٣والمهذب جـ ٢ ص ١٤٦ وسبل السلام جـ ٣ ص ٢٦٥ ، ٢٢٦) أما المالكيـة فيرون ان للمفقود أربع حالات :

الأولى : حالة المفقود ببلاد الاسلام وزوجته بالخيار بين المقام على عصمته حتى يتضح أمره وبين أن ترفع الأمر الى القضاء فان رفعت الأمر الى القضاء طالبة التفريق أمرها القاضى بالتربص أربع سنين من حين العجز عن خبره أن دامت نفقتها من ماله ـ والا طلق عليه لعدم الانفاق ـ ثم بعدانتهاء الأجل تعتد عدة الوفاةأربعة أشهر وعشرا ثم تحل للازواج •

الثانية : حالة المفقود فى أرض الشرك اذا انقطع خبره وكذلك الأسير الذى أسره الحربيون وذهبوا به لبلادهم فان زوجته تبقى لتمام مدة التعمير ان دامت نفقتها والا فلها أن تطلب التفريق لعدم الانفاق • وكـذلك الأمر اذا خشيت على نفسها الوقوع فى المحرم • فاذا تمت مدة التعمير وهى سبعونسنة من وقت ولادته وقيل خمس وسبعون حكم حينئذ بموته وتعتد زوجته عـدة الوفاة ثم تحل للازواج •

الثالثة : حالة المفقود فى القتال بين المسلمين بعضها بعضـا • فاذا شهدت بينة عادلة انها رأته حضر القتال ضرب لامرأته أجل سنة ثم تعتـد عدة الوفاة وتتزوجوهذا هو المعتمد عند مالكوابن القاسم•أما اذا شهدت البينة بأن الزوج خرج مع الجيش فقط فيكون حكم زوجته حينئذ حكم زوجة المفقود ببلاد الاسلام •

الرابعة : حالة المفقود فى القتال بين المسلمين والكفار • وهذا يضـرب لامرأته أجل سنة بعد النظر من السلطان فى أمره والبحث عنه لاحتمال أسره عند العدو وتبدأ المدة من يوم الرفع للقاضى ثم تعتد زوجته بعد انتهاء المدة المضروبة عدة الوفاة وتحل للازواج •

(يراجع الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه جـ ٢ ص ٤٧٩ ـ ٤٨٣ ومنح الجليل جـ ٢ ص ٣٩٠ومواهب الجليل جـ ٤ ص ١٦١) أما الحنابلة فيرون أن للمفقود حالتين :

الأولى : من فقد فى غيبة ظاهرها الهلاك كمن يخرج للصلاة فلا يرجع أو

=

=

يفقد بين الصفين أو تغرق مركبه فان زوجته تتربص أربع سنين ثم تعتد عدة الوفاة . لما روى عن عمر رضى الله عنه انه جاءته امرأة مفقود فذكرت ذلك له فقال : تربصى أربع سنين ففعلت ثم أتته فقال : تربصى أربعة أشهر وعشرا ففعلت ثم أتته فقال : أين ولى هذا الرجل فجاءوا به فقال طلقها ففعل فقال عمر : تزوجى منشئت .

الثانية : من فقد فى غيبة ظاهرها السلامة كسفر التاجر فى غير مهلكة والسفر لطلب العلم والسياحة وكذلك من أسر عند من ليس من عادته القتل فان امرأته تتربص تسعين سنة من يوم ميلاده لأن الظاهر انه لا يعيش أكثر منها ثم تعتد عدة الوفاة وتحل للازواج . لما روى عن على رضى الله عنه انه قال : امرأة المفقود امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها يقين وفاته (يراجع كشاف القناع جـ ٣ ص ٢٦٥ - ٢٦٧) .

وذهب الشيعة الامامية الى أن امرأة المفقود اما أن تصبر واما أن ترفع الأمر الى القضاء فان رفعت الأمر الى القضاء أمرها القاضى بالتربص أربع سنين . ثم يبحث عنه فى المكان الذى فقد فيه هذا اذا كان للمفقود مال تنفق منه الزوجة . فان لم يكن له مال قيل للولى انفق عليها فان فعل فلا سبيل الى التفريق وان أبى أمره الوالى أن يطلقها لأن طلاق الولى كطلاق الزوج . وان لم يكن للزوج ولى طلقها القاضى ويشهد شاهدين عدلين ويكون طلاق القاضى كطلاق الزوج ثم تعتد عدة الوفاة وتحل للازواج (يراجع جواهر الكلام جـ ٤) وذهب الأوزاعى الى أن المفقود فى القتال مع العدو ولا يدرى أقتل أم أسر فان زوجته تعتد عدة الوفاة ثم تحل للازواج (يراجع المحلى جـ ١٠ ص ١٣٩) .

وروى عن سعيد بن المسيب انه قال : من فقد فى الصف تربصت امرأته سنة ومن فقد فى غير الصف تربصت امرأته أربع سنين (يراجع المحلى جـ ١٠ ص ١٤٠) .

وعلى هذا فانى أرى ان الراجح هنا هو مذهب المالكية على التفصيل الوارد عندهم لأنه يتفق مع روح الشريعة الاسلامية الذى يتسم باليسر ورفع الحرج عن الناس لأن المرأة اذا طلبت التفريق لعدم استطاعتها الصبر على ذلك فمن واجب القاضى أن يحكم بطلاقها رفعا للضرر عنها لأن من عمل القاضى رفع المظالم لا سيما اذا كان المفقود لم يترك مالا تستطيع الزوجة الانفاق منه وكانت هى معدمة وليس لها من يعولها . فكيف نحملها ما لا تطيق . أما اذا كانت الزوجة مخلصةلزوجهاولم تطلب التفريق بل رضيت البقاء على العصمة مهما طال الزمن وفاء لزوجها كان لها ذلك لأنهـا اختارت البقاء بمحض ارادتها .

واحد منهما ينشد مودة الآخر وتعاطفه • فاذا غاب الزوج عن زوجتـــه وترك مباشرتها مدة من الزمن ـ طالت هذه المدة أم قصرت ـ وتضررت الزوجة بغيبته عنها وخشيت على نفسها الفتنة فهل يجوز لها حينئذ أن تطلب التفريق لهـذا السبب أم لا ؟

اختلف الفقهاء فى ذلك على مذهبين • مذهب يرى ان الغيبة لا تكون سببا للتفريق بين الزوجين • والمذهب الآخر يجيز التفريق للغيبة اذا تضـررت الزوجة •

مذهب القائلين بعدم جواز التفريق :

يرى الأحناف (١) انه لا يجوز التفريق بين الزوجين لغيبة الزوج وتركه مباشرة الزوجة طالت هذه الغيبة أم قصرت • لأنهم يرون ان الزوج اذا دخل بزوجته مرة واحدة فى العمر يكون قد وفاها حقها والزيادة على ذلك غير واجبة على الزوج قضاء • وانما تجب فيما بينه وبين الله تعـــالى من باب حسن المعاشرة واستدامة النكاح • وعلى هذا فانهم لا يجيزون التفريق للضرر لغيبة الزوج لأنهم لا يجعلون الطلاق بيد القاضى الا فى بعض عيوب الزوج • وبذلك قال الشافعية (٢) وابن حزم (٣) والزيدية (٤) والامامية (٥) •

مذهب القائلين بجواز التفريق :

ذهب المالكية والحنابلة الى القول بجواز التفريق بين الزوجين اذا غاب الزوج عن زوجته مدة طويلة وتضررت هى من ذلك • حتى ولو كان الزوج قد

---

(١) البدائع جـ ٢ ص ٣٣١ وفتح القدير جـ ٣ ص ٣٣٦ ، ٣٣٧ والبحـــر الرائق جـ ٤ ص ٣١٣ ، ٣١٥ •
(٢) مختصر المزنى على الأم جـ ٥ ص ٤١ والأم جـ ٥ ص ٢٢١ •
(٣) المحلى جـ ١٠ ص ١٤٢ •
(٤) التاج المذهب جـ ٢ ص ٢٨٦ •
(٥) جواهر الكلام جـ ٤ •

ترك لزوجته مالا تنفق منه مدة غيبته ٠ لأن اقامة الزوجة بعيدا عن زوجهـا مدة من الزمن مع محافظتها على عفتها أمر شاق عليها لأن طبيعتها - فى الغالب الأعم - لا تحتمل ذلك ٠ وهذا ضرر بالغ يجب رفعه بالتفريق بين الزوجين اذا أبى الزوج الحضور للاقامة مع زوجته أو أبى أن ينقلها الى حيث يقيم ٠

والمالكية والحنابلة وان اتفقا من حيث المبدأ على جواز التفريق لغيبة الزوج الا أنهما اختلفا فى بعض الجزئيات ٠ لهذا سنقتصر على بيـان كل مذهب على حدة ٠

مذهب المالكيـة (١) :

ذهب المالكية الى جواز التفريق بين الزوجين اذا غاب الزوج عن زوجته سواء أكانت غيبته لعذر مقبول كطلب العلم أو التجارة أم كانت بدون عذر متى تضررت الزوجة من ذلك وطلبت التفريق الا أن هـذا مقيد عندهم بثلاثة قيود وهى :

١ - حد الغيبة ٠ اختلف المالكية فى حد الغيبة الموجب للتفريق ٠ فقيل انه سنة وهو المعتمد والراجح عندهم ٠ وقيل ثلاث سنين ٠

٢ - أن تخشى الزوجة على نفسها الوقوع فى المحرم نتيجة غيبة الزوج عنها ويعلم ذلك من جهتها وتصدق فى دعواها اذا طالت مدة الغيبة أما مجرد شهوتها للجماع فلا يوجب طلاقها (٢) ٠

---

(١) الشرح الكبير جـ ٢ ص ٤٣١ ومنح الجليـل جـ ٢ ص ٣١٣ وشرح الزرقاني جـ ٤ ص ١٥٥ ٠

(٢) يرى المالكية أن المرأة اذا تضررت من ترك الوطء وكان الزوج حاضرا ولم يقصد من تركه الاضرار بها كما لو كان يداوم على العبادة فان رفعت الأمر الى القاضى أمره بالوطء أو الطلاق فان امتنع طلق عليه بلا ضرب أجل على الأصح ٠

(يراجع الشرح الكبير جـ ٢ ص ٤٣١ والباجى جـ ٤ ص ٣٦) هـذا =

٣ – اذا علم محل اقامة الغائب وأمكن وصول الرسائل اليه أعـذره القاضى فيطلب منه الحضور للاقامة مع زوجته أو ينقلها الى محل اقامته ان كان يريد الاستقرار فيه أو يطلقها ان كان لا يريد معاشرتها ٠ فان امتنع من ذلك طلق القاضى عليه ٠ ولا يجوز للقاضى أن يطلق على الغائب قبل اعذاره ان كان معلوم المحل ٠ أما ان كان محل اقامته مجهولا أو لا تصل اليه الرسائل طلق عليه القاضى فى الحال ٠ لقول النسوة لعمر بن الخطاب رضى الله عنه حين سؤاله كم تشتاق المرأة الى الزوج قلن فى شهرين ويقل الصبر فى ثلاثة ويغنى فى أربعة فجعل المغازى أربعة أشهر ٠

نوع الفـرقة :

التفريق لغيبة الزوج طلاق بائن عند المالكية لأنهم يرون ان كل طلاق حكم به القاضى هو طلاق بائن ٠ الا أنهم استثنوا من هذه القاعدة الحكم بالطلاق على المعسر والمولى فانه طلاق رجعى وفى ذلك يقول الدردير (١) : « وبانت بكل طلاق حكم به (٢) أوقعته الزوجة أو الحاكم الا اذا حكم به لايلاء

=

مع انهم يرون ان المعترض اذا أصاب زوجته مرة واحدة سقط حقها فى طلب التفريق لأنه مصيبة حلت بها (يراجع الشرح الكبير ج ٢ ص ٢٧٩) ونحن نتساءل أى شىء بنى عليه المالكية التفريق بين الحالتين مع ان ما يترتب عليهما من ضرر عدم المباشرة الذى يلحق الزوجة فى الحالين واحد لا اختلاف فيه ٠

(١) الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٥١ ، ٣٥٢ وشرح أبى الحسن ج ٢ ص ٧٧ ٠

(٢) وفى ذلك يقول الدسوقى : اذا حكم القاضى بانشاء الطلاق لعيب أو اضرار أو نشوز أو فقد كان الطلاق بائنا بخلاف ما اذا حكم القاضى بصحة الطلاق أو لزومه فانه يبقى على أصله من بائن أو رجعى مثال ذلك اذا طلق شخص زوجته وادعى انه مجنون وشهدت بينة انه كان عاقلا فحكم القاضى بصحة طلاقه أو قيل له طلاق السفيه غير لازم مثل نكاحه فحكم بلزومه فيبقى الطلاق على أصله من رجعى أو بائن (يراجع حاشية الدسوقى ج ٢ ص ٣٥١ ، ٣٥٢) ٠

أو عسر بنفقة فرجعى » أ هـ • فالعموم الوارد فى هذا النص يستفاد منه ان الطلاق الواقع بالتفريق لغيبة الزوج طلاق بائن لأن المقصود منه رفع الضرر عن الزوجة ولا يتحقق ذلك الا اذا كان الطلاق بائنا •

مذهب الحنـــابلة (١) :

يرى الحنابلة ان الزوج اذا غاب عن زوجته فان كانت غيبته لعذر مقبول كغزو أو حج واجبين أو كانت لطلب الرزق فلا يجوز لزوجته حينئذ أن تطلب فسخ النكاح • أما اذا كانت الغيبة بدون عذر ولمدة ستة أشهر وطلبت الزوجة قدوم الزوج ولم يقدم فلها أن تطلب فسخ النكاح وان كان الزوج لم يقصد من غيبته تلك المدة الاضرار بها • وقد جعلوا حد الغيبة ستة أشهر عملا بما روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه سأل ابنته السيدة حفصة فقال : يا بنية كم تصبر المرأة عن زوجها فقالت : سبحان الله مثلك يسأل مثلى عن هذا ؟ فقال : لولا انى أريد النظر للمسلمين ما سألتك • قالت : خمسة أشهر أو ستة فوقت للناس فى مغازيهم ستة أشهر • أما ان كان الزوج يقصد من غيبته الاضرار بالزوجة فلها أن تطلب الفسخ بمضى أربعة أشهر ان أبى الزجوع الى زوجته •

نوع الفـــرقة :

يرى الحنابلة ان التفريق لغيبة الزوج فسخ لا طلاق لأنه فرقة لم تصدر من الزوج ولم يجعلها الزوج الى أحد • وانما هى فرقة بحكم القاضى فكانت فسخا ولابد من حكم القاضى بالفسخ لأنه مختلف فيه (٢) •

---

(١) كشاف القناع جـ ٣ ص ٢٦٧ والمغنى جـ ٨ ص ١٤٣ والشرح الكبير جـ ٨ ص ١٣٨ •

(٢) المغنى جـ ٨ ص ١٤٣ •

التفريق لغيبة الزوج فى القانون :

نص القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ـ المعمول به حاليا فى جمهورية مصر العربية ـ فى المادتين (١٢ ، ١٣) على التفريق لغيبة الزوج :

المادة (١٢) : نصت هذه المادة على انه : « اذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب الى القاضى تطليقها بائنا اذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه » ٠

فهذه المادة اشترطت فى الغيبة المجيزة للتفريق أن تكون بلا عذر مقبول وهذا النص مأخوذ من مذهب الحنابلة لأن مذهب المالكية لا يفرق بين ما اذا كانت الغيبة بعذر أم بغير عذر ٠ كما اشترطت فى حـد الغيبـة أن يكون سنة (١) فأكثر عملا بمذهب الامام مالك لأن حد الغيبة عند الحنابلة ستـة أشهر ٠

المادة (١٣) : نصت هذه المادة على انه : « ان أمكن وصول الرسـائل الى الغائب ضرب له القاضى أجلا وأعذر اليه بأنه يطلقها عليه ان لم يحضر للاقامة معها أو ينقلها اليه أو يطلقها ٠ فاذا انقضى الأجل ولم يفصل ولم يبد عذرا مقبولا فرق القاضى بينهما بتطليقة بائنة وان لم يمكن وصول الرسائل الى الغائب طلقها القاضى عليه بلا اعذار وضرب أجل » ٠

نصت هذه المادة على أن الفرقة طلاق بائن أخذا بمذهب الامام مالك ٠

---

(١) المراد بالسنة هنا السنة الشمسية التى عدد أيامها ٣٦٥ يوما كما نصت على ذلك المادة (٢٣) من نفس القانون ٠ الا أن بعض الباحثين قال : المراد بالسنة هنا السنة الهلالية لأنها مطاقة فى القانون ومذكراته (يراجع الأحوال الشخصية للأستاذ أبى زهرة ص ٣٨٩) ٠ ونحن نرى أن هذا الرأى مخالف لنص المادة (٢٣) الذى ينص على ان المراد بالسنة فى المواد من (١٢ ــ ١٨) هى السنة التى عدد أيامها ٣٦٥ يوما ٠ فأين الاطلاق المدعى ٠

وبناء على ما سبق يكون القانون قد أخذ بشأن التفريق للغيبة بمذهبى المالكية والحنابلة .

التفريق لحبس الزوج :

هذا النوع من التفريق لم يكن معمولا به فى القضاء قبل صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ لأن العمل القضائى وقت ذاك كان يجرى طبقـا لمذهب الامام أبى حنيفة وهو لا يجيز التفريق لحبس الزوج . فلما صدر هذا القانون نص فى المادة (١٤) على أن « لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر أن تطلب الى القاضى بعد مضى سنة من حبسه التطليق عليه بائنا للضرر ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه » .

يؤخذ من هذه المادة ان واضعى القانون قد قاسوا التفريق لحبس الزوج على التفريق لغيبته . لأن حبس الزوج يعتبر غيابا فعلا حيث انه فى أكثر الأحوال لا يكون الزوج فى البلد الذى تقيم فيه الزوجة . وقد اشترطت هذه المادة مضى سنةتتضرر فيهاالزوجة كحد الغيبة عند المالكية . كما اشترطت أن تكون مدة الحبس ثلاث سنين فأكثر قياسا على حد الغيبة على قول بعض المالكية لكى تيأس الزوجة من رجوعه عن قرب فيستحكم الضرر عليهـا ان صبرت الى نهاية المدة .

التطبيقات القضـائية :

اذا أفرج عن الزوج المحبوس أثناء نظر الدعوى فما الحكم ؟

جاء فى حكم لمحكمة استئناف القـاهرة (١) ان الافراج عن المحبوس لا يمنع من السير فى دعوى التطليق للحبس والقضاء فيها بالتطليق اذا كانت شروط المادة (١٤) متوافرة . وهو أن يكون قد حكم نهائيا بحبس الزوج

---

(١) حكم محكمة استئناف القاهرة رقم ١١٦ لسـنة ٨٠ ق الصـادر بتاريخ ١٩٦٤/٥/١٣ الأحوال الشخصية للدجوى ص ٢٩١ .

ثلاث سنين فأكثر . وأن تكون دعوى التطليق قد رفعت بعد مضى سنة من حبس الزوج لأن المشرع افترض تحقق الضرر من حبس الزوج مدة أدناها ثلاث سنين وأوجب التطليق من أجل ذلك ولو كان للزوج المحبوس مال تستطيع الزوجة الانفاق منه .

فالمشرع اعتبر الحبس قرينة قاطعة على تحقق الضرر للزوجة لا يجوز اثبات عكسها . ولا ينفى تحقق الضرر حصول الافراج عن الزوج المحبوس قبل انتهاء مدة عقوبته لأى سبب من الأسباب اذ الطلاق واجب عند تحقق شروط المادة (١٤) .

ونحن نرى **أولا** : ان القول بأن الافراج عن المحبوس لا يمنع من السير فى الدعوى يمكن أن يسلم اذا كان الافراج مؤقتا . أما اذا كان الافراج على الدوام كمن خرج من السجن بعفو عام فلا يجوز أن يقال ان الافراج عنه لايمنع من السير فى الدعوى . بل الواجب منع السير فى الدعوى . لأن الأساس فى رفع هذه الدعوى ازالة الضرر عن زوجة الحاصل من حبس الزوج فاذا زال الضرر بالافراج عنه منع السير فى الدعوى . **ثانيا** : ان القول بأن المشرع أوجب التطليق من أجل الضرر قول يجانب الواقع اذ الواقع انه أجاز التطليق ولم يوجبه الا اذا تمسكت به الزوجة بعد تحقق شروطه وهنا قد تبين أن بعض الشروط وهو التضرر بالغيبة قد ارتفع بالفعل فلا يجوز أن تمكن الزوجة من السير فى الدعوى بحجة وجوده لأن الواقع ينفيه ولأنه لو كان المراد بالتضرر الذى رفعت من أجله الدعوى هو الضرر الواقع فى الماضى لجاز أن ترفع الدعوى بعد مضى شهر أو نحوه اذا تحقق الضرر وكون المشرع لم يجز رفع الدعوى الا بعد مضى سنة من الحكم بالحبس فقد دل على ان العبرة بالتضرر فى المستقبل لا فى الماضى والضرر فى المستقبل مرفوع بالافراج عن الزوج المحبوس .

المبحث الرابع

فى التفريق للعيوب

اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية فى جواز التفريق بين الزوجين للعيوب على ثلاثة مذاهب ٠

المذهب الأول لا يجيز التفريق بأى عيب كان سواء أكان العيب بالروج أم بالزوجة ٠ والمذهب الثانى أجاز التفريق اذا كان العيب بالزوج ولم يجزه اذا كانَ بالزوجة لأن الزوج يم'ك الطلاق ٠ أما المذهب الثالث فقد أجاز التفريق لكل من الزوجين اذا وجد بصاحبه عيبا ٠

أولا - مذهب الظاهرية (١) :

ذهب الظاهرية الى القول بعدم جواز فسخ النكاح بين الزوجين بعد صحته بأى عيب كان سواء أكان العيب بالزوج أم بالزوجة وفى ذلك يقول ابن حزم (٢) : « لا يفسخ النكاح بعد صحته بجذام حادث ولا ببرص كذلك ولا بجنون كذلك ، ولا بأن يجد بها شيئا من هذه العيوب ٠ ولا بأن تجده هى كذلك ، ولا بعنانة ولا بداء الفرج ولا بشىء من العيوب » أ هـ ٠

ثم قال أيضا (٣) : « ومن تزوج امرأة فلم يقدر على وطئها ، سواء كان وطئها مرة أو مرارا أو لم يطأها قط فلا يجوز للحاكم ولا لغيره أن يفرق بينهما أصلا ٠ ولا أن يؤجل له أجلا ، وهى امرأته ان شاء طلق وان شاء أمسك » أ هـ ٠

فالظاهرية على هذا لا يرونَ جواز التفريق بين الزوجين بأى عيب كان

---

(١) المحلى جـ ١٠ ص ٥٨ ، ١٠٩ وسبل السلام جـ ٣ ص ١٥٤ ٠
(٢) المحلى جـ ١٠ ص ١٠٩ ٠
(٣) المحلى جـ ١٠ ص ٥٨ ٠

لأن كل نكاح صح بكلمة الله تعالى وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم فقد حرم الله تعالى بشرتها وفرجها على كل من سواه فمن فرق بينهما بغير قرآن أو سنة ثابتة فقد دخل فى صفة الذين ذمهم الله تعالى بقوله : « فيتعلمون منهما ما يفرقون به بين المرء وزوجه » (١) بناء على هذا فان العـــاجز عن الوطء لا يكلف ما لا يطيق عملا بقوله تعالى : « لا يكلف الله نفسها الا وسعها » (٢) بخلاف ما اذا اشترطا السلامة فى عقد النكاح فوجدا عيبا أى عيب كان فهو نكاح مفسوخ لا خيار له فى اجازته ولا صداق فيه ولا ميراث ولا نفقة دخل بها الزوج أو لم يدخل لأن التى أدخلت عليه غير التى تزوج ولأن السالمة غير المعيبة بلا شك (٣) وقد قال بذلك الشوكانى (٤) .

وحجتهم فى ذلك ما روى عن عروة بن الزبير (٥) ان عائشة رضى الله عنها أخبرته ان امرأة رفاعة القرظى جاءت الى النبى صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله : ان رفاعة طلقنى فبت طلاقى . وانى نكحت بعـده عبد الرحمن بن الزبير وان ما معه مثل الهدبة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لعلك تريدين أن ترجعى الى رفاعة لا حتى يذوق عسيلتك وتذوقى عسيلته » .

وجه الاستدلال بهذا الحديث ان هذه المرأة جاءت الى النبى صلى الله عليه وسلم تشكو زوجها عبد الرحمن بن الزبيـــر بأنه لم يطأها وان احليله كالهدبة لا ينتشر اليها ، وتريد مفارقته . فلم يشكها النبى صلى الله عليه

---

(١) المحلى جـ ١٠ ص ٦١ .
(٢) المحلى جـ ١٠ ص ٦٠ .
(٣) المحلى جـ ١٠ ص ١١٥ .
(٤) نيل الأوطار جـ ٦ ص ١٥٧ قال الشوكانى بعد أن ذكر آراء القائلين بالتفريق وأدلتهم « ومن أمعن النظر لم يجد فى الباب ما يصلح للاستدلال به على الفسخ بالمعنى المذكور عند الفقهاء » .
(٥) المحلى جـ ١٠ ص ٦١ ، ٦٢ وفتح البارى جـ ٩ ص ٢٩٤ .

وسلم ولا أجل لها شيئا ولا فرق بينهما . فهذا يدل على عدم جواز التفريق بعيب العنة وفى هذا كفاية لمن عقل . ثم قال ابن حزم (١) ونحن لا نمنع أن يطلق العنين امرأته ان شاء وانما نمنع وننكر أن يفرق بينهما على كره فهذا هو الذى لم يصح قط ولا جاء فى قرآن ولا سنة .

وأجيب عن هذا الاستدلال بأنه فى غير موضع النزاع . لأن هذا الحديث ورد لبيان حكم المطلقة ثلاثا اذا تزوجت ولم يستطع جماعها فلو طلقها هل تحل لزوجها الأول أم لا ؟ فبين النبى صلى الله عليه وسلم انها لا تحل له حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتها . قال ابن المنذر (٢) : « أجمع العلماء على اشتراط الجماع لتحل للاول » ولا يمنع من ذلك شكواها عدم الانتشار لأن قوله حتى تذوقى معلق على الامكان وهو جائز الوقوع فكأنه قال لها لابد من ذوق العسيلة فان تأتى ذلك من زوجك هذا ثم طلقك فقد حللت للأول وان لم يتأت وفارقك فلابد من زوج آخر يتأتى منه ذوق العسيلة حتى تحلى لرفاعة وبهذا يظهر عدم جواز صحة الاستدلال بهذا الحديث لأن المرأة لم تطلب الفسخ وانما أتت مستفتية (٣) .

ونحن نرى ان الظاهرية بتشددهم هذا يضيقون على الناس لأن الحياة بين الزوجين تصبح غير محتملة اذا كان أحدهما معيبا والصبر عليها لا يكون الا بتحمل أحد الزوجين ضررا يشق عليه ومن المعلوم أن أصول الشريعة توجب دفع الضرر عند الشكوى منه كما هو مقتضى قوله تعالى : « ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا » وقوله تعالى : « فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » وقول النبى صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار » وبهذا يتبين أن الظاهرية سلكوا مسلكا مجافيا لروح الشريعة السمحة .

ثانيا – مذهب الأحناف (٤) :

ذهب الأحناف الى أن حق التفريق بالعيوب لا يثبت للزوج اذا كان

---

(١) المحلى جـ ١٠ ص ٦٣ .

(٢) فتح البارى جـ ٩ ص ٣٧٧ والقرطبى جـ ٣ ص ١٤٨ .

(٣) سبل السلام جـ ٣ ص ١٥٦ وفتح البارى جـ ٩ ص ٣٧٨ .

(٤) المبسوط جـ ٥ ص ٩٥ – ٩٧ والبدائع جـ ٢ ص ٣٢٧ ومجمع الأنهر جـ ١ ص ٤٧١ .

العيب بالزوجة لأنه يمكنه أن يرفع الضرر ـ الحاصل بالعيوب ـ عن نفسه بما يملك من حق التطليق • بخلاف الزوجة فانهم يرون ثبوت حق التفـريق بالنسبة لها متى وجدت بزوجها عيبا يفوت عليها مقاصد النكاح فحينئـــذ يجوز لها أن ترفع الأمر الى القضاء لطلب التفريق لأنها لا تستطيع أن ترفع الضرر عن نفسها الا بهذا الاجراء لأنها لا تملك ايقاع الطلاق •

وقد اختلف الأحناف فى حصر العيوب المجيزة لطلب التفـريق • فذهب أبو حنيفة وأبو يوسف الى أن العيوب تنحصر فى الجب (١) والعنـة (٢) والخصاء (٣) وخالف الامام محمد (٤) حيث يرى أن العيوب لا تنحصـر فى هذه الثلاثة فقط • بل يضاف اليها الجنون والجذام والبرص لأنه يرى أن هذه العيوب المضافة من الأمراض المتعدية والمنفرة عادة فلا تستقيم الحياة الزوجية معها • لأنها تنفر الزوجة من قربان زوجها فاذا ثبت حق التفريق بالثـلاثة الأول فلأن يثبت بهذه العيوب أولى (٥) •

---

(١) الجب استئصال عضو التناسل •
(٢) العنة عدم القدرة على الاتصال الجنسى لضعف أو أكبر أو مرض •
(٣) الخصاء نزع الخصيتين فقط •
(٤) فتح القدير جـ ٣ ص ٢٦٧ •
(٥) نحن نرى ان مذهب الامام محمد عدم حصر العيوب • لأنه يرى أن للمرأة الخيار من كل عيب لا يمكنها المقام معه الا بضرر • ودليل ذلك ما جاء فى الدر المنتقى جـ ١ ص ٤٧١ : نقلا عن القهستانى « انها تتخير عند محمد بالثلاثة الأول وبكل عيب لا يمكنها المقام معه الا بضرر » أ هـ وجاء فى البدائع جـ ٢ ص ٣٢٧ : « قال محمد خلوه من كل عيب لا يمكنها المقام معه الا بضرر كالجنون والجذام والبرص شرط للزوم النكاح حتى يفسخ به النكاح » أ هـ وجاء فى المبسوط جـ ٥ ص ٩٧ : وعلى قول محمد لها الخيار اذا كـان على حال لا تطيق المقام معه لأنه تعذر عليها الوصول الى حقها لمعنى فيه فكان بمنزلة ما لو وجدته مجبوبا أو عنينا • فهذه النصوص ـ على ما أعتقد ـ تدل على عدم حصر العيوب فى عدد معين عند الامام محمد •

ما يشترط لثبوت هذا الحق :

اشترط الأحنـاف لثبوت حق الزوجة فى طلب التفريق توافـر الشروط الآتية :

١ - ألا تكون الزوجة معيبة بعيب يمنع من الاتصال بها اتصالا جنسيا كأن تكون رتقاء أو قرناء ٠ فاذا كانت كذلك فلا يثبت لها الحق فى طلب التفريق لأن الزوج غير ظالم لها فى هذه الحالة اذ المانع من جهتها (١) ٠

٢ - ألا يكون الزوج قد وصل اليها بعد العقد ٠ فان كان قد وصل اليها ولو مرة واحدة لم يثبت لها حق فى طلب التفريق لأنه بوطئه لها مرة واحدة تكون قد استوفت حقها والخيار انما يثبت لتفويت الحق ولم يوجد (٢)٠

٣ - ألا تكون عالمة بالعيب حين العقد عليها ٠ فان تزوجته وهى تعلم أن به عيبا فلا خيار لها لأن اقدامها على الزواج به مع علمها بالعيب يعتبر رضا منها واسقاطاً لحقها وكذلك اذا رضيت بالعيب صراحة أو دلالة بعـد زواجها به ٠ وعلمها بالعيب يسقط حقها فى طلب التفريق (٣) ٠

هل هذا الحق يثبت على الفور أم على التراخى ؟

يرى الأحنـــاف (٤) ان ثبوت التفريق للزوجـــة بالعيب يكون على التراخى ما لم يصل الأمر الى القضاء ٠ فان رفعت الزوجة الأمر الى القضاء وخيرها القاضى بين تفريق أو البقاء فان حقها فى التفريق حينئذ يثبت على الفور - فيما عدا العنة - فان اختارت البقاء سقط حقها فى التفريق ٠

وقد استدلوا لذلك بالآثار والمعقول ٠

---

(١) فتح القدير جـ ٣ ص ٢٦٤ وحاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٦٤٤ ٠
(٢) البدائع جـ ٢ ص ٣٢٥ وبشرح تنوير الأبصار على حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٦٤٤ ٠
(٣) البدائع جـ ٢ ص ٣٢٥ وشرح تنوير الأبصار على حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٦٤٤ ٠
(٤) حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٦٤٦ ، ٦٤٧ ٠

أولا ـ الآثار :

١ ـ روى عن على رضى الله عنه انه قال : أيما امرأة نكحت وبهـا برص أو جنون أو جذام أو قرن فزوجها بالخيار ما لم يمسها ان شـاء أمسك وان شاء طلق (١) ٠

٢ ـ وروى عن ابن مسعود رضى الله عنـه انه قال : لا ترد الحـرة من عيب (٢) ٠

وجه الاستدلال بهذين الأثرين انهمـا يدلان على انه لا يجوز للزوج أن يطلب من القاضى التفريق بينه وبين زوجته اذا وجد بها عيبا لأن الحرة لاترد بالعيبوالزوج فى هذه الحالة مخير بين الامساك وبين التطليق ٠

وأجيب عن هذا الاستدلال بأنه قول صحابى وقول الصحابى لا يكون حجة ملزمة ٠ لا سيما وانه معارض بمثله ٠ فقد روى عن عمر بن الخطـاب رضى الله عنه انه قال (٣) : أيما امرأة غر بها رجل ٠ بهـا جنون أو جذام أو برص فلها مهرها بما أصاب منها وصداق الرجل على من غره ٠ رواه مالك فى الموطأ والدارقطنى وفى لفظ : قضى عمر فى البرصاء والجذماء والمجنونة اذا دخل بها فرق بينهما ، والصداق لها بمسيسه اياها وهو له على وليها ٠ رواه الدارقطنى (٤) ومما يؤيد هذا ان بعض الأحناف يرون ان الصغير اذا زوجه عمه ثم بلغ فله الخيار بالبلوغ وان كان متمكنا من الطلاق (٥) وبهذا يبطل الاحتجاج بهذا الدليل ٠

---

(١) سبل السلام جـ ٣ ص ١٥٥ والمبسوط جـ ٥ ص ٩٦ ٠
(٢) المبسوط جـ ٥ ص ٩٦ ٠
(٣) نيل الأوطار جـ ٦ ص ١٥٦ وزاد المعاد جـ ٤ ص ٣١ ٠
(٤) وهذا الأثر رواه الشافعى من طريق مـالك وابن أبى شـيبة عن أبى ادريس عن يحيى ٠ قال الحافظ فى بلوغ المرام ورجاله ثقات ٠
(٥) البحر الرائق جـ ٤ ص ١٢٦ ، ١٢٧ والمبسوط جـ ٥ ص ٩٦ ٠

ثانيا - المعقـــول (١) :

وهو ان الزوج مطالب بالامساك بالمعروف وذلك بأن يوفيهـــا حقها فى الجماع فاذا عجز عن ذلك للجب أو العنة أو الخصاء تعين التسريح بالاحسان وهو الطلاق لأن الزوجة قد انسد عليها باب تحصيل المقصود من النكاح ولا يمكنها استيفاء ذلك من غيره مادامت فى عصمته فلو لم يثبت لها الخيار لأصبحت معلقة لا ذات بعل ولا مطلقة فأثبتنا لها الخيار لازالة ظلم التعليق. وهذا لا يوجد فى جانبه لأنه متمكن من تحصيل مقصوده من جهة غيرها (٢).

ويجاب عن هذا الاستدلال • بأنه يمكن أن يقال ان هذا لو سلم للزمهم أن يثبتوا حق الخيار للزوج أيضا لأحتياجه الى رفع ضرر الزامه بالمهر وحيث لم يثبتوه للزوج لم يجز اثباته للمرأة لاستواء الطرفين فى الحـاجة الى رفع الضرر • وقد قلتم ان الصغير اذا زوجه عمه ثم بلغ يثبت له الخيار وان كان متمكنا بالطلاق وهذا حجة عليكم وبهذا يبطل الاحتجاج بهذا الدليل •

ثالثا - مذهب جمهور الفقهاء ومن وافقهم :

ذهب جمهور الفقهاء (٣) والزيدية (٤) والامامية (٥) الى القول بثبوت حق التفريق بالعيب لكل واحد من الزوجين • وعلى هذا فاذا وجد أى واحـــد منهما بصاحبه عيبا ثبت له حق التفريق • ولا يمنع من ثبوت هذا الحق لكل منهما كون الزوج الآخر معيبا متى اختلف جنس العيبين أما اذا اتحد جنس العيب فللجمهور فى ذلك وجهان : **الأول** - ثبوت الخيار لكل منهما لأن النفس

---

(١) المبسوط جـ ٥ ص ٩٦ •
(٢) المبسوط جـ ٥ ص ٩٧ •
(٣) منح الجليل جـ ٢ ص ٧٩ وشرح المنهـــاج جـ ٣ ص ٢٦١ وشرح التحرير جـ ٢ ص ٢٨١ ، ٢٨٢ وكشاف القناع جـ ٣ ص ٦١ المحرر جـ ٢ ص ٢٤ •
(٤) البحر الزخار جـ ٣ ص ٦٠ والتاج المذهب جـ ٢ ص ٦٣ •
(٥) شرائع الاسلام ص ١٩٠ •

تعاف من عيب غيرها وان كان بها مثله وهـــذا هو الأظهر وبذلك قال بعض الزيدية (١) **والثانى** - انه لا خيار لهما لتساويهما فى العيب (٢) الا أن بعض المالكية (٣) يرى انه فى هذه الحالة يثبت الخيار للزوج فقط لأنه بذل صداقا لسالمة فوجدها ممن يكون صداقها أقل من ذلك ٠ غير ان الحنابلة (٤) قـــد اشترطوا لثبوت هذا الحق لامرأة المجبوب ألا يقوم بهـــا مانع يمنـــع من مباشرتها كأن تكون رتقاء فان كانت كذلك فلا خيار لها حينئذ وجمهور الفقهاء ومن وافقهم وان اتفقوا على مبدأ حصر العيوب (٥) الموجبة للتفريق الا أنهم اختلفوا فى تعـــدادها فمنهم من توســـع ومنهم من ضيق ٠ فالملكية (٦) حصروا العيوب فى ثلاثة عشر عيبا ٠ أربعة مشتركة بين الزوجين وهى الجنون

---

(١) البحر الزخار جـ ٣ ص ٦٢ ٠

(٢) منح الجليل جـ ٢ ص ٨٠ ونهاية المحتـــاج جـ ٦ ص ٣٠٥ والمغنى جـ ٧ ص ١١٢ طبعة مطبعة الامام ٠

(٣) حاشية الدسوقى جـ ٢ ص ٢٧٧ ومنح الجليل جـ ٢ ص ٨٠ ٠

(٤) المغنى جـ ٧ ص ١١٢ ٠

(٥) خالف بعض الفقهاء هذا المبدأ وقال بعدم الحصر ٠ من ذلك ماروى عن الامام الزهرى انه قال : « يفسخ النكاح بكل داء عضال » (يراجع نيـــل الأوطار جـ ٦ ص ١٥٧) وبذلك قال بعض الزيدية (يراجع البحر الزخار جـ ٣ ص ٦١) وممن ذهب الى ذلك أيضا ابن القيم من الحنابلة ٠ حيث يرى ان الاقتصار على عيبين أو ستة أو سبعة أو ثمانية دون ما هو أولى منها أو مساو لها ٠ لا وجه له لأن العمى والخرس والطرش وكون الزوجة مقطوعة اليـــدين أو الرجلين أو أحدهما وكون الرجل كذلك من أعظم المنفرات والسكوت عنه من أقبح التدليس والغش ٠ والاطلاق انما ينصرف الى الســـلامة فهـــو كالمشروط عرفا ٠ والقياس ان كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ولا يحصل معه مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار (يراجع زاد المعاد جـ ٤ ص ٣٠ ، ٣١) ونحن نرى انه لابد من وجود ضابط لذلك ٠ وهو أن يكون العيب لا يستطاع معه البقاء عادة الا بمشقة غير عادية وأما عدم الحصر المشار اليـــه فيجب أن يقيد بما اذا كان ذلك قبل الدخول أما اذا حدث العيب بعد الدخول فان كان بالمرأة فلا خيار للرجل لأنه يملك الطلاق ٠ أما اذا كان بالرجل وكان مما يخل بالمقصود من الزواج ولا يرجى برؤه تمكن المرأة حينئذ من التفريق ٠

(٦) الشرح الكبير جـ ٢ ص ٢٧٧ ٠

والجذام والبرص والعذيطة (١) وأربعة تختص بالرجل وهى الجب والخصاء والاعتراض (٢) والعنه . وخمسة تختص بالمرأة وهى الرتق (٣) والقرن (٤) والعفل (٥) والافضاء (٦) والبخر (٧) وهــذه العيوب متفق عليهــا عند المالكية (٨) .

أما الشافعية (٩) فقد حصروا العيوب فى سبعة . ثلاثة مشتركة بين الزوجين . وهى الجنون والجذام والبرص . واثنان يختصان بالرجل وهما : الجب والعنة واثنان يختصان بالمرأة وهما : الرتق والقرن . وأما الخصاء ففيه قولان : أحدهما ثبوت الخيار به لأن النفس تعافه . والثانى عدم ثبوت الخيار به لقدرة الزوج على الجماع . بل يقال : ان الرجل فى هــذه الحالة يكون أقوى على الجماع لأنه لا ينزل فلا يعتريه فتور (١٠) أما الحنابلة فقد حصروا العيوب فى ثمانية (١١) ثلاثة مشتركة بين الزوجين وهى الجنــون

---

(١) العذيطة بكسر العين وسكون الذال هى التغوط عند الجماع وهــذا شامل للبول .

(٢) الاعتراض استرخاء العضو لعارض كخوف أو مرض .

(٣) الرتق انسداد مسلك الذكر بعظم أو لحم .

(٤) القرن بروز عظم وقيل لحم فى الفرج .

(٥) العفل حدوث رغوة فى الفرج عند الجماع .

(٦) الافضاء اختلاط مسلكى البول والغائط وقيل مسلكى الذكر والبول .

(٧) البخر نتن فى الفرج .

(٨) وقد اختلف المالكية فى بعض العيوب الأخرى من ذلك ان الرد بالبول فى النوم فيه قولان . الراجح عدم الرد وفى نتن الفم والأنف خلاف . فقد أجاز اللخمى الرد به قياسا على نتن الفرج (يراجع الشرح الكبير ج ٢ ص ٢٨١ ومنح الجليل ج ٢ص٨٤) .

(٩) شرح المنهاج لجلال الدين المحلى ج ٣ ص ٢٦١ وشرح التحرير ج ٢ ص ٣٨١ ، ٣٨٢ .

(١٠) المهذب ج ٢ ص ٤٨ وحاشية الشرقاوى ج ٢ ص ٢٨٣ .

(١١) المغنى ج ٧ ص ١١٠ طبعة مطبعة الامام والمحرر ج ٢ ص ٢٤ وكشاف القناع ج ٣ ص ٦٣ ، ٦٤ .

والجذام والبرص ٠ واثنان يختصان بالرجل وهما : الجب والعنة ٠ وثلاثة تختص بالمرأة ٠ وهى : القرن والعفل والفتق ٠ الا أن القاضى جعل القرن والعفل شيئا واحدا وهو الرتق وبذلك تكون العيوب سبعة وحكى ذلك عن أبى بكر من الحنابلة (١) وما سوى ذلك من العيوب كبخر الفم والفرج وانخراق مخرجى البول والمنى والقروح السائلة والباصور والناسور والاستحاضة والخصاء والسل ففى ثبوت الخيار بها وجهان (٢) ٠

أما الزيدية (٣) فقد وافقوا الجمهور فى تقسيم العيوب الى ثلاثة أقسام : قسم مشترك بين الزوجين وقسم خاص بالرجل وقسم خاص بالمرأة ٠ أما القسم الأول وهو العيوب المشتركة بين الزوجين فقد ذهب الزيدية الى اعتبار ما اعتبره الشافعية والحنابلة عيبا موجبا للتفريق (٤) والقسم الثانى وهو العيوب التى تختص بالرجل وتنحصر فى الجب (٥) والسل (٦) والخصاء (٧) وأما العنة فقد اختلف فقهاء الزيدية فيها الى فريقين فريق اعتبرها عيبا

---

(١) المغنى جـ ٧ ص ١١٠ ٠

(٢) المحرر جـ ٢ ص ٢٤ ، ٢٥ والمغنى جـ ٧ ص ١١١ ٠

(٣) التاج المذهب جـ ٢ ص ٦٤ ، ٦٥ والبحر الزخار جـ ٣ ص ٦٠ ـ ٦٤ ٠

(٤) زاد صاحب التاج المذهب على العيوب المشتركة الرق وعدم الكفاءة ٠ فاذا انكشف أن أحدهما مملوك كان للحر منهما أن يفسخ النكاح بالرق ٠ وكذلك الأمر اذا انكشف أن أحدهما غير كفء للآخر فى دينه أو نسبه جاز للآخر أن يفسخ النكاح ان لم يكن له علم بذلك الا أنه ليس للأدنى أن يفسخ الأعلى (يراجع التاج المذهب جـ ٢ ص ٦٤ و ٦٥) ٠

(٥) يفسخ بالجب اذا كان العضو مستأصلا لم يبق منه شىء ٠ فان بقى منه بعد الجب قدر الحشفة فصاعدا فلا فسخ لامكان الوطء والا فلا ٠

(٦) السل هو سل الخصيتين مع بقاء الذكر ٠

(٧) قال بذلك الهادى ٠ والخصاء رض الخصيتين ٠ وخالف الامام يحيى حيث قال : لا يفسخ بالسل والخصاء وقد رجح صاحب البحر هذا الرأى (يراجع البحر الزخار جـ ٣ ص ٦٢) ٠

موجبا للتفريق (١) وفريق آخر لم يعتبرها كذلك (٢) والقسم الثالث وهو العيوب التى تختص بالمرأة · وهى القرن والرتق والعفل · وبناء على هذا تكون العيوب عندهم محصورة فى تسعة · أما الشيعة الامامية (٣) فانهم قسموا العيوب الى قسمين **القسم الأول** : فى عيوب الرجل وهى أربعة : الجنون والخصاء والجب والعنة (٤) **والقسم الثانى** : فى عيوب المرأة وهى سبعة : الجنون والجذام والبرص والقرن (٥) والافضاء والاقتصاد والعمى ؟ وبناء على هذا تكون العيوب عندهم عشرة لأن الجنون عيب مشترك ·

وحجتهم فى ذلك ما روى عن زيد بن كعب (٦) انه قال : تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة من بنى غفار فلما دخل عليها فوضع ثوبه وقعد على الفراش أبصر بكشحها (٧) بياضا فانحاز عن الفراش ثم قال : خذى

---

(١) هذا الفريق هم : المؤيد بالله وزيد بن على والصادق والباقر والناصر والامام يحيى وغيرهم · وحجتهم فى ذلك ان الله تعالى أمر بالامساك بالمعروف · وقد انتفى مع وجود العنة فتعين التسريح بالأحسان (يراجع البحر الزخار جـ ٣ ص ٦٤ والتاج المذهب جـ ٢ ص ٦٦) ·

(٢) هذا الفريق هم : الهادى والقاسم والمرتضى وأبو طالب وأبو العباس· وقد رجح صاحب التاج المذهب هذا الرأى حيث قال وهو المختار للمذهب (يراجع التاج المذهب جـ ٢ ص ٦٦ والبحر الزخار جـ ٣ ص ٦٥ والروض النضير جـ ٤ ص ٨٢) وحجتهم فى ذلك ما روى عن على عليه السلام ان امرأة شكت ذلك فأمرها بالصبر وقال لا أستطيع أن أفرق بينكما · وأجيب عن هذا بأن الرجل اعتذر لكبر سنه فيحتمل أن العنة قد عرضت له بعد الدخول ·

(٣) شرائع الاسلام ص ١٩٠ والمختصر النافع ص ١٨٦ ·

(٤) جاء فى هامش شرائع الاسلام ص ١٩٠ ان عيوب الرجل ستةبزيادة الجذام والبرص لما روى عن الصادق عليه السلام انه قال : يرد النكاح من البرص والجذام والجنون · وبناء على هذا تكون العيوب المشتركة ثلاثة كما قال الجمهور ·

(٥) والقرن عند الامامية شامل للرتق والعفل ·

(٦) نيل الأوطار جـ ٦ ص ١٥٦ والمهذب جـ ٢ ص ٤٨ ·

(٧) الكشح هو ما بين الخاصرتين الى الضلع ·

عليك ثيابك ولم يأخذ مما أتاها شيئا • رواه أحمد فى مسنده (١) ظاهر هذا الحديث يدل على جواز رد النكاح بالبرص لا سيما وان قوله فى الرواية الأخرى عقب الرد « ولستم على » قرينة دالة على أن المراد من الحديث التفريق بالعيب للتدليس •

وأجيب عن هذا ان المقصود من الرد هنا الطلاق لأن الرواية الصحيحة ان النبى صلى الله عليه وسلم قال لها الحقى بأهلك وهذا اللفظ من كنايات الطلاق فيكون المقصود التفريق بطلاق الزوج ومما يؤيد هذا التصريح بأنه لم يأخذ مما أتاها شيئا (٢) •

واحتجوا أيضا بما روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه قال (٣) : أيما امرأة غر بها رجل • بها جنون أو جذام أو برص فلها مهرها بما أصاب منها وصداق الرجل على من غره • هذا الأثر يدل على جواز التفريق بالبرص والجذام والجنون لأن هذه العيوب تجيز التفريق بين الزوجين •

زمن وجـود العيب :

يرى جمهور الفقهاء ثبوت الخيار لكل واحد من الزوجين بالعيوب السابقة على العقد (٤) وبذلك قال الزيدية (٥) والامامية (٦) أما العيوب

---

(١) وقد روى ابن كثير الحديث بلفظ ان النبى صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة من بنى غفار فلما دخلت عليه رأى بكشحها بياضا فردها الى أهلها وقال دلستم على (يراجع سبل السلام جـ ٣ ص ١٥٤) •

(٢) فتح القدير جـ ٣ ص ٢٦٧ والبدائع جـ ٢ ص ٣٢٧ ، ٣٢٨ •

(٣) نيل الأوطار جـ ٦ ص ١٥٦ وسبل السلام جـ ٣ ص ١٥٥ والام جـ ٥ ص ٧٦ •

(٤) الشرح الكبير جـ ٢ ص ٢٧٨ وشرح المنهاج جـ ٣ ص ٢٦١ والمغنى جـ ٧ ص ١٠٩ طبعة مطبعة الامام •

(٥) البحر الزخار جـ ٣ ص ٦٢ •

(٦) شرائع الاسلام ص ١٩٠ و ١٩١ •

الحادثة فقد اختلف الفقهاء فى ثبوت الخيار بها ٠ فالمالكية يرون ان العيب الحادث بالمرأة بعد العقد لا يثبت الخيار لأنه مصيبة نزلت بالزوج (١) وبهذا قال الشيعة الامامية (٢) أما حدث بالرجل جنون أو جذام أو برص فحينئذ يثبت للزوجة الخيار فى طلب التفريق سواء حدثت هذه العيوب قبل الدخول بالزوجة أم بعده (٦) وقد وافق الامامية المالكية فى ثبوت الخيار بالجنون الحادث بالزوج سواء أكان قبل الدخول أم بعده متى كان الزوج لا يعقل أوقات الصلاة عملا بحديث لا ضرر ولا ضرار (٤) أما الأعتراض الحادث بعد الوطء ولو مرة فليس للزوجة الخيار به عند المالكية الا اذا كان هو المتسبب فى ذلك (٥) ٠

ونحن نرى أن هذا الرأى يخالف قواعد الشريعة التى تنادى برفع الضرر قال تعالى : « فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » والمقصود من الامساك بالمعروف توفية الزوجة حقها ٠ فاذا فات الامساك بالمعروف تعين التسريح بالاحسان ٠ والشافعية (٦) يرون ثبوت الخيار بعيوب الزوج الحادثة قبل الدخول أو بعده بخلاف العنة الحادثة بعد الدخول فلا يثبت الخيار

---

(١) حاشية الدسوقى جـ ٢ ص ٢٧٩ ٠

(٢) جواهر الكلام جـ ٤ باب العيوب ٠

(٣) اشترط المالكية فى الجذام الحادث أن يكون محققا وفى البرص أن يكون فاحشا فان كان يسيرا فلا فسخ به (يراجع منح الجليل جـ ٢ ص ٨٠ ، ٨١) ولهم فى الجنون الحادث أربعة طرق ٠ **الأولى** : يرد به مطلقا كان بالرجل أو المرأة وبذلك قال أبو الحسن ٠ **والثانية** : لا يرد به مطلقا وبذلك قال أشهب ٠ **والثالثة** : ترد به الزوجة الزوج لا العكس وهو قول ابن القاسم وهو المعتمد ٠ **والرابعة** : قيل ان حدث قبل البناء ثبت لها الرد به وان حدث بعد البناء فلا رد لها به وبذلك قال المتيطى (يراجع حاشية الدسوقى جـ ٢ ص ٢٨٩) ٠

(٤) شرائع الاسلام ص ١٩٠ ٠

(٥) الشرح الكبير جـ ٢ ص ٢٧٩ ٠

(٦) المهذب جـ ٢ ص ٤٨ ٠

بها (١) أما عيوب الزوجة الحادثة بعد العقد ففى ثبوت الخيار بها وجهان **الأول** : ثبوت الخيار بها وهو الأصح • **والثانى** : انه لا خيار للزوج بها لأنه يستطيع التخلص من هذه العيوب بالطلاق •

أما الحنابلة فلهم فى ثبوت الخيار بالعيوب الحادثة بالزوجين بعد العقد وجهان **الأول** : ثبوت الخيار وهو قول القاضى وظاهر قول الخرقى لأنهم يرون أن العيب مثبت للخيار اذا كان مقارنا فكذلك اذا كان طارئا كالاعسار • **والثانى** : عدم ثبوت الخيار وهو قول أبى بكر وابن حامد (٢) وبذلك قال الزيدية (٣) الا أنهم قصروا ثبوت الخيار بالعيوب الحادثة على الجنون والجذام والبرص لأن هذه العيوب تمنع المقصود من النكاح ، كما أنها تشبه طروء فاسخ كالردة وخالف فى ذلك المؤيد بالله حيث يرى عدم ثبوت الفسخ بهـــا •

هل هذا الحق يثبت على الفور أم على التراخى ؟ :

يرى الحنابلة (٤) ان هـــذا الحق يثبت على التـراخى وهو ظاهر قول الخرقى ولا يسقط الا بما يدل على الرضى من قول أو فعل كاستمتاع أو تمكين منه مع العلم • الا أنهم استثنوا من ذلك العنة حيث يرون انه لا يسقط الخيار بها الا بقـول الزوجة : أسقطت حقى فيســـقط بالقول (٥) وقـــد قال بذلك الزيدية (٦) وحجتهم فى ذلك أن حق التفريق ثبت لدفع ضرر متحقق كخيـار القصاص فلا يسقط ما لم يوجد ما يدل على الرضى به من قول أو فعـل •

---

(١) شرح المنهاج جـ ٣ ص ٢٦٢ ، ٢٦٣ •
(٢) المحرر جـ ٢ ص ٢٥ وكشاف القناع جـ ٣ ص ٦٤ •
(٣) البحر الزخار جـ ٣ ص ٦٢ •
(٤) المحرر جـ ٢ ص ٢٥ ، ٢٦ وكشاف القناع جـ ٣ ص ٦٥ •
(٥) منتهى الارادات على الكشاف جـ ٣ ص ٨٨ ، ٨٩ •
(٦) البحر الزخار جـ ٣ ص ٦٣ والتاج المذهب جـ ٢ ص ٦٣ ، ٦٤ •

أما الشافعية (١) فانهم يرون أنّ هذا الحق يثبت على الفور لأنه خيار ثبت بالعيب فكان على الفور كخيار العيب فى البيع وهو الأظهر ٠ لأنه لو كان ممتدا لم يدر الزوج ما هى فيه وما يؤول اليه أمرها فلا تدوم صحبة ولا تقع معاشرة ٠ وكذلك المرأة فانها تصير فى معنى غير المنكوحة لذا فقد وجب المبادرة برفع الأمر الى الحاكم (٢) وعلى هذا فاذا علم صاحب الحق بالعيب وسكت حتى مضى وقت يستطيع فيه أن يطلب التفريق ولم يفعل سقط حقه لأنهم يعدون ذلك رضى ٠ الا فى حال العنة اذ ربما يكون السكوت لرجاء البرء٠ وبذلك قال الشيعة الامامية (٣) تحرزا من الضرر اللازم بالتأخير ٠ فلو علم أيهما بالعيب ولم يبادر بالفسخ لزم العقد ٠

العيوب التى تقتضى التأجيل :

يرى جمهور الفقهاء (٤) والزيدية (٥) والامامية (٦) انه اذا كان الرجل عنينا فاذا رفعت الزوجة الأمر الى القضاء طالبة التفريق لأجل عنته أجله القاضى سنة ٠ فان وصل اليها خلال تلك المدة فلا تفريق وانْ لم يصل اليها فرق القاضى بينهما وهذا بالنسبة للعنة الثابتة قبل العقد بخلاف الحادثة بعده اذ لا خيار بها ٠ وكذلك الخصى فانه يؤجل ـ عند الأحناف ـ سنة (٧) وحجتهم فى ذلك ما روى عن سعيد بن المسيب انّه قال (٨) : « قضى عمر رضى

---

(١) المهذب جـ ٢ ص ٤٨ وفى قول انه يمتد الخيار الى ثلاثة أيام كخيار العتق (يراجع شرح المنهاج جـ ٣ ص ٢٦٣) ٠
(٢) حاشية عميرة جـ ٣ ص ٢٦٣ ٠
(٣) شرائع الاسلام ص ١٩١ وجواهر الكلام جـ ٤ ٠
(٤) فتح القدير جـ ٣ ص ٢٦٤ وشرح المنهاج جـ ٣ ص ٢٦٤ وكشاف القناع جـ ٣ ص ٦١ ، ٦٢ ٠
(٥) البحر الزخار جـ ٣ ص ٦٦ ٠
(٦) شرائع الاسلام ص ١٩١ ٠
(٧) فتح القدير جـ ٣ ص ٢٦٥ ٠
(٨) سبل السلام جـ ٣ ص ١٥٥ ، ١٥٦ وفتح القدير جـ ٣ ص ٢٦٣ ـ

الله عنه فى العنين أنه يؤجل سنة » ورجاله ثقات فهذا الأثر يدل بنصه على تأجيل العنين سنة ٠

أما المالكية (١) فقد قسموا العيوب التى تقتضى التأجيل الى قسمين : **الأول** : عيوب تقتضى التأجيل سنة وهى الجنون والجذام والبرص ٠ الا أنهم قيدوا التأجيل برجاء زوال المرض والبرء منه ٠ فان كانت هذه العيوب سابقة على العقد ثبت التأجيل فيها بالنسبة لازوجين ٠ وان كانت حادثة بعـد العقد أجل الزوج فقط فى هذه العيوب وكذلك فى الاعتراض السابق على العقد والحادث بعده ما لم يحصل وطء فان حصل فلا تأجيل به ٠ أما الزوجة فلا يثبت التأجيل بالنسبة لها فى العيوب الحادثة اذ لا خيـار للزوج فى ذلك ٠ **القسم الثانى** : العيوب الخاصة بالمرأة كالرتق والقرن والعفل والبخـر فاذا كـانت الزوجة معيبة بعيب منها ورفع الزوج الأمر الى القضاء طالبـا التفريق لذلك فللقاضى حينئذ أن يؤجل الزوجة ـ ان رجى برؤهـا من العيب بلا ضرر ـ بالاجتهاد حسبما يرى من غير تحديد بمدة معينة وهو المشهور عندهم ٠ وقيل يحدد لها شهرين ٠ والمقصود من التأجيل هنا استعمال الدواء لاعلاج فان امتنعت الزوجة من ذلك فلا تجبر على استعماله (٢) ٠

نوع الفـرقة :

اختلف الفقهاء فى نوع الفرقة بالعيب على مذهبين **المذهب الأول** : يرى ان هذه الفرقة طلاق بائن **والمذهب الثانى** : يرى انها فسخ لا طلاق ٠

---

(١) الشرح الكبير جـ ٢ ص ٢٧٩ ـ ٢٨٢ ومنح الجليل جـ ٢ ص ٨٢ ـ ٨٥ والشرح الصغير جـ ١ ص ٣٧٤ ، ٣٧٥ ٠

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه جـ ٢ ص ٢٨٣ ، ٢٨٤ ومنح الجليل جـ ٢ ص ٨٧ وشرح الزرقانى جـ ٣ ص ٢٤١ ، ٢٤٢ ٠

مذهب القائلين بأن الفرقة طلاق :

يرى الأحناف (١) والمالكية (٢) ان التفريق بالعيب طلاق بائن وهو قول الثورى . وحجتهم فى ذلك ما روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه . ان امرأة أتته فأخبرته ان زوجها لا يصل اليها فأجله حولا فلما انقضى الحول ولم يصل اليها خيرا فاختارت نفسها ففرق بينهما وجعلها تطليقة بائنة (٣) ويجاب عن هذا الاستدلال بأنه روى من عدة طرق . ولم يرو بزيادة وجعلها تطليقة بائنة الا من هذا الطريق . وهذه الزيادة تجعل الأثر غريبا . والغالب فى الغريب انه غير صحيح وبهذا يبطل الاحتجاج به . وعلى فرض صحته فانه رأى صحابى فى أمر مجتهد فيه فلا يكون حجة (٤) .

كما استدلوا أيضا بأن الامساك بالمعروف قد فات لوجود العيب فيتعين على الزوج التسريح باحسان ولا يكون ذلك الا بالطلاق فاذا لم يطلق الزوج طلق عليه القاضى . دفعا للضرر عن المرأة ولا يندفع هذا الضرر الا اذا كان الطلاق بائنا اذ لو كان رجعيا لاستطاع الزوج أن يعيدها بغير رضاها فتعود سيرتها الأولى (٥) .

ويجاب عن هذا الاستدلال . بأن هذه الفرقة انما هى فرقة لاختيار المرأة فكانت فسخا والفسخ يحقق ما يحققه الطلاق البائن من رفع الضرر عن المرأة وعدم ارجاعها دون رضاها وبهذا يبطل الاحتجاج بهذا الدليل .

---

(١) فتح القدير جـ ٣ ص ٢٦٤ .
(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه جـ ٢ ص ٢٨٢ ، ٢٨٣ . والخرشى جـ ٣ ص ٢٤١ والمدونة جـ ٢ ص ١٦٢ .
(٣) فتح القدير جـ ٣ ص ٢٦٣ ، ٢٦٤ ونصب الراية جـ ٣ ص ٢٥٤ .
(٤) قواعد التحديث ص ١٠٦ .
(٥) فتح القدير وشرح العناية عليه جـ ٣ ص ٢٦٤ .

هل التفريق بالعيب يتوقف على قضاء القاضى ؟ :

يرى الأحناف أن هذه الفرقة تتوقف على قضاء القاضى لأن التطليق للعيب يحتاج الى ما يرفع الخلاف ، فقد يختلف الزوجان فى وجود العيب وهل هو من العيوب المجيزة للتفريق أم لا - وهل الزوجة رضيت به فأسقطت حقها أم لا ، كل هذا يحتاج الى حكم القاضى ليمنع المشاحة ويرفع الخلاف ، وبهذا قال المالكية فى أحد القولين عندهم وهو المشهور ، **والقول الثانى :** ان الزوج اذا أبى أن يطلق أمرها القاضى بأن تطلق نفسها ثم يتحكم به الحاكم ليرفع خلاف من يرى ان طلاق المرأة لا يقع أصلا ،

مذهب القائلين بأن الفرقة فسخ :

ذهب الشافعية (١) والحنابلة (٢) والزيدية (٣) والامامية (٤) الى أن التفريق بالعيب فسخ وليس بطلاق ، وحجتهم فى ذلك ان هذه الفرقة تكون باختيار الزوجة فى بعض الأحوال دون أن يكون للزوج اختيار فى ذلك ، فلا تكون طلاقا لأن الطلاق لا يكون الا من الزوج أو نائبه ، وهذا ما لم يطلق الزوج ، ومما يؤيد هذا ما روى عن الامام أحمد (٥) حينما سئل عن الخيار للعيب لم لا يكون طلاقا ، قال : لأن الطلاق ما تكلم به الرجل ولأنها فرقة لاختيار المرأة فكانت فسخا ، كما أن الامامية قالوا : ان التفريق بالعيب ليس بطلاق لأنه لا يعتبر فيه ما يعتبر فى الطلاق من الشروط ولعدم اعتبار لفظ الطلاق فيه (٦) ،

---

(١) المهذب جـ ٢ ص ٤٩ ،
(٢) كشاف القناع جـ ٣ ص ٦٦ ،
(٣) البحر الزخار جـ ٣ ص ٦٣ والروض النضير جـ ٤ ص ٧٨ ،
(٤) شرائع الاسلام ص ١٩١ ،
(٥) المغنى جـ ٧ ص ١١٨ طبعة مطبعة الامام ،
(٦) جواهر الكلام جـ ٤ ،

والفسخ بالعيب عند الحنابلة يتوقف على قضاء القاضى لأنه مجتهد فيه فافتقر اليه فاذا لم يحكم به القاضى فالزوجية بحالها (١) وبذلك قال الشافعية (٢) فى أحد القولين عندهم وهو الأصح والقول الثانى : عندهم لا يتوقف على قضاء القاضى بل يجوز فسخ النكاح بتراضيهما كما فى فسخ البيع بالعيوب ٠ وبذلك قال الشيعة الامامية (٣) الا اذا كان الزوج عنينا فيجب حينئذ رفع الأمر الى القضاء لضرب الأجل فقط وبعد انتهاء المدة اما أن تزول عنته واما أن تنفرد الزوجة بفسخ نكاحها دون التوقف على حكم القاضى الا أن ابن الجنيد من فقهائهم خالف ذلك حيث قال : ان الفرقة بالعيب لاتكون الا عند من يجوز حكمه من والى المسلمين أو خليفته لأن هذا أحوط لقطع الخصومة ٠ وقال الزيدية (٤) : ان الفسخ يتم بتراضى الزوجين حال ثبوت العيب فان أبى أحدهما الفسخ ورفع الأمر الى القاضى فاما أن يفسخ النكاح واما أن يأمر من سأل الفسخ بفسخه ٠

الترجيح :

ونحن نرى أن الراجح هنا هو رأى جمهور الفقهاء من القول بأن التفريق بالعيب فسخ ٠ لأن ذلك يحقق المصلحة المقصودة من التفريق دون أن يترتب على ذلك اضرار بأحد الزوجين ٠ لأن الفرقة اذا كانت طلاقا حسبت على الرجل ٠ وفى هذا اضرار به ٠ بخلاف الفسخ فانه يحقق ما يحققه الطلاق البائن الا أنه لا ينقص عدد الطلقات التى يمتلكها الرجل ٠ كما انه لم يرو عن النبى صلى الله عليه وسلم فى ذلك نص قاطع يستفاد منه صراحة انه طلاق فضلا

---

(١) كشاف القناع جـ ٣ ص ٦٦ ومنتهى الارادات عليه ص ٨٩ ٠
(٢) المهذب جـ ٢ ص ٤٩ والام جـ ٥ ص ٧٥ وشرح المنهاج جـ ٣ ص ٢٦٤ ٠
(٣) شرائع الاسلام ص ١٩١ وجواهر الكلام جـ ٤ باب العيوب ٠
(٤) البحر الزخار جـ ٣ ص ٦٣ ٠

عن أن يكون بائنا . فالقول بأنه فسخ أقرب الى تحقيق المصلحة والفرض الذى يهدف اليه الشارع من رفع الضرر .

التفريق للعيوب فى القانون :

نص القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ـ المعمول به حاليا فى جمهورية مصر العربية ـ على التطليق للعيب فى المواد من ٩ ـ ١١ :

مادة (٩) : نصت هذه المادة على أن : « للزوجة أن تطالب التفريق بينها وبين زوجها اذا وجدت به عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه الا بضرر كالجنون والجذام والبرص سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به . فان تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق » .

مادة (١٠) : نصت هذه المادة على أن : « الفرقة بالعيب طلاق بائن » .

مادة (١١) : نصت هذه المادة على : « انه يستعان بأهل الخبرة فى العيوب التى يطلب فسخ الزواج من أجلها .

ملاحظاتنا على هذه المواد :

أولا : نصت المادة التاسعة على اعطاء حق التفريق بالعيب للزوجة فقط عملا بمذهب الأحناف .

ونحن نرى أن الأولى والأفضل العمل برأى الجمهور فى اعطاء حق التفريق لكل واحد من الزوجين ليتمكن الزوج من انهاء عقد الزواج بدون التزام مالى اذا كان التفريق قبل الدخول وانقاص المهر الى مهر المثل اذا كان التفريق بعد الدخول كما ذهب الى ذلك بعض الفقهاء .

أحكام القضـــاء :

هل يعتبر السكوت عن العيب مسقطا لحق التفريق ؟ :

جاء فى حكم لمحكمة طلخا الشرعية (١) : ان الزوجة اذا طلبت التفـريق لجنون الزوج بعد ثبوت علمها بذلك ورضائها بمعاشرته وهو على هــذه الحالة فلا يجاب طلبها حينئذ ٠

ونحن نرى ان سكوت الزوجة وتراخيها فى رفع دعوى التطليق لا يعتبر رضى منها بالعيب لأنها ربما كانت تأمل شفاء زوجها وترجو برءه ليعود اليها وليس الرجاء والأمل فى الشفاء من المرض رضى به فضلا عن أن التعجيل فى رفع الدعوى عقب المرض مباشرة يتنافى مع ما يجب أن تتحلى به الزوجة من الوفاء والاخلاص فضلا عن أنه يفتح أوسع الأبواب لهدم الحياة الزوجية ٠ اذ ربما يلجأ أى من الزوجين الى القضاء اذا رأى أن صاحبه فى حالة عصبية أو ضيق نفسى ٠ فايجاب الفورية فى هذه الأحوال مما لا يجوز أن ينظر اليه فى التشريع ٠ بل لابد من التريث حتى تظهر حقيقة الحال بعد اللجوء الى أهل المعرفة الذين يستطيعون أن يقرروا الشفاء من عدمه ٠

التفريق للعنة الحادثة :

جاء فى حكم لمحكمة الأقصر الشرعية (٢) : ان التشريع الجديد لم يتعرض لطلب الزوجة التفريق بسبب العنة ٠ بل أبقى الحكم فى ذلك لمذهب الأحناف وقد نص هذا المذهب صراحة على أن الزوج اذا وطىء زوجته مرة واحــدة زال عنه وصف العنة وليس للزوجة الحق فى طلب التفريق ٠ هذا الحـــكم صحيح من الناحية القانونية الا أنه ليس من العدل أن تترك الزوجة مع زوج لا يستطيع مقاربتها طيلة حياتها متى ثبت اليأس من شفائه فضلا عن أن ذلك

---

(١) المحاماة الشرعية س ٦ ع ٦ ص ٧٨٥ ٠
(٢) المحاماة الشرعية س ٦ ع ١ ص ١٧١ ٠

قد يؤدى الى احراج الكثيرات من النساء فصيانة لهن ومحافظة على كيان الاسرة وحماية للمجتمع من الرذيلة نرى اجابة الزوجة الى طلب التفريق اذا أثبتت أنه لم يصل اليها مدة تتضرر بها عادة وثبت اليأس من شفائه. فاذا ثبت ذلك فرق القاضى بينهما ٠

وقد نص على ذلك مشروع القانون فى المادة (١٣٣) ٠

الفصل الثاني

المبحث الاول

تعريف الايلاء :

الايلاء فى اللغة : هو الحلف مطلقا سواء كان على ترك قربان الزوجة أو على شىء آخر . وفعله آلى يؤلى ايلاء مثل آتى يؤتى ايتاء . ومنـــه قول الشاعر :

قليل الالايا حافظ ليمينـــــه فان سبقت منه الألية برت (١)

والايلاء فى اصطلاح الفقهاء : هو الحلف بالله أو بصفة من صفاته على ترك قربان الزوجة مدة أربعة أشهر فأكثر . أو بتعليق قربان الزوجة على أمر يشق على الزوج . كأن يقول الزوج لزوجته والله لا أقربك مدة أربعـة أشهر أو خمسة . أو لا أقربك أبدا . أو ان قربتك فعلى صوم شهر . أو ان قربتك فعلى حج (٢) .

والأصل فى تشريع الايلاء قوله جل شأنه : « للـذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فان فاءوا فان الله غفور رحيم ، وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم » (٣) .

فقد بينت الآية الأولى . ان الزوج اذا حلف أن يعتزل زوجته ويبعد عنها

---

(١) المصباح المنير جـ ١ ص ٣٥ والقاموس المحيط جـ ٤ ص ٣٠٠ .
(٢) فتح القدير جـ ٣ ص ١٨٢ والخرشى جـ ٤ ص ٨٨ ونهاية المحتاج جـ ٧ ص ٦٤ والتاج المذهب جـ ٢ ص ٢٥٣ وجواهر الكلام جـ ٤ باب الايلاء .
(٣) الآيتان ٢٢٦ ، ٢٢٧ من سورة البقرة .

بالايلاء منها فله حينئذ أن يتربص أربعة أشهر وهى المدة المحـــددة للايلاء بالنص القرآنى ٠ فان رأى العدول عن يمينه والعود الى وطء زوجته ليرفع عنها ضرر ترك المباشرة فان الله غفور رحيم لما حدث منه من اليمين على الظلم وعقد القلب على الحنث (١) ٠

أما الآية الثانية فقد بينت العقوبة التى قررها الشارع للمولى اذا استمر فى ايلائه ولم يرجع عن اضراره لزوجته وهى الطلاق ٠ حيث قال جل شأنه : « وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم » أى وان تركوا الفىء فى المدة التى جعل الله لهم التربص فيها حتى انقضت طلقت منهم نساؤهم ٠ لأن مضى المدة عند من قال بذلك هو الدلالة على عزم المولى على طلاقه امرأته (٢) ٠

مدة الايلاء :

اختلف الفقهاء فى مدة الايلاء على أربعة أقوال :

القول الأول :

روى عن ابن عباس رضى الله عنه انه قال : ان الرجل لا يكون موليـــا من زوجته حتى يحلف ألا يطأها أبدا (٣) وقد روى مثل ذلك عن ابن عمـــر رضى الله عنه ٠ حيث قال : ان كل من وقت فى يمينه وقتا وان طالت مدته فليس بمول ٠ وانما المولى من حلف على الأبد (٤) ٠

وقال الهادى والقاسم والمؤيد بالله والامام يحيى من الزيدية (٥) :

---

(١) الطبرى جـ ٢ ص ٢٤٩ ، ٢٥٥ والكشاف جـ ١ ص ١٣٦ والألوسى جـ ١ ص ٤٢٤ ، ٤٢٥ ٠
(٢) الطبرى جـ ٢ ص ٢٥٦ ٠
(٣) القرطبى جـ ٣ ص ١٠٤ والفخر الرازى جـ ٢ ص ٢٤٥ والنيسابورى على الطبرى جـ ٢ ص ٢٥٣ ٠
(٤) صحيح مسلم بشرح النووى جـ ١٠ ص ٨٨ والباجى جـ ٤ ص ٣٠ ٠
(٥) البحر الزخار جـ ٣ ص ٢٤٤ ٠

ان الايلاء ينعقد مع الاطلاق ، وحجتهم فى ذلك قوله تعالى : « للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر » فانهم يرون ان هذه الآية لم تفصل لأنها لم تفرق بين أن يكون الايلاء لمدة مقدرة أو مؤبدة فهى على عمومها (١) .

القول الثـــانى :

يرى أصحاب هذا القول ، ان الرجل اذا حلف ألا يقرب زوجته يوما أو يومين أو شهرا أو أكثر ، ثم تركها أربعة أشهر فان كان تركه لها لأجل يمينه فانه يكون مؤليا ، وقد روى هذا عن ابن مســعود والنخعى وابن أبى ليلى وابن سيرين وقتادة والحكم وحماد بن أبى سليمان والحسن البصرى واسحاق وابن شبرمة وبه قال ابن حزم (٢) لأن المقصود مضارة الزوجة وهى حاصلة فيما دون الأربعة ، ولأن ظاهر قوله تعالى : « للـذين يؤلون من نسـائهم » يقتضى صحة الايلاء فى قليل المدة وكثيرها لأن مـدة الحلف ليست مذكورة فى الآية لأنها لم تحدد مدة الايلاء ، يؤيد هذا ما صح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم آلى من نسائه شهرا ، فلو كان المقصود من الآية بيان المدة التى لا يجوز الايلاء دونها لم يقع منه صلى الله عليه وسلم ذلك ، وأيضـــا فان الأصل ان من حلف على شىء لزمه حكم اليمين ، وبناء على هذا يكون الحالف من وطء زوجته يوما أو يومين مؤليا (٣) .

وأجيب عن هذا ، بأن الآية لا تصلح دليلا لهم لأن الله جل شأنه قدر فيها المدة بقوله تعالى : « أربعـــة أشهر » فالأربعة جعلها الله مدة للامهال وهى كأجل الدين ، لأن الله تعالى قال : « فان فاءوا – بفـاء التعقيب وهو – أى

---

(١) نفس المرجع السابق والباجى جـ ٤ ص ٣٠ .

(٢) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٥٧ وصحيح مسلم بشرح النووى جـ ١٠ ص ٨٨ والباجى جـ ٤ ص ٣٥ والقرطبى جـ ٣ ص ١٠٤ والجصاص جـ ١ ص ٤٢٢ والمحلى جـ ١٠ ص ٤٢ ، ٤٣ .

(٣) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٥٧ وسبل السلام جـ ٣ ص ١٩٩ .

الفىء – بعد الأربعة فلو كانت المدة أربعة أو أقل لكانت قد انقضت فلا يطالب بعدها بالفىء والتعقيب للمدة لا للايلاء لبعده (١) . قال ابن المنذر وأنكر هذا القول كثير من أهل العلم (٢) .

القول الثالث :

قال الثورى والأحناف وبعض الزيدية (٣) : إن الرجل لا يكون موليا من زوجته حتى يحلف على أنه لا يطأها أربعة أشهر فصاعدا ، وعلى هذا تكون مدة الايلاء على هذا القول أربعة أشهر . وبهذا قال عبد الملك من فقهاء المالكية ورواية عن الامام أحمد حكاها القاضى أبو الحسين (٤) وحجتهم فى ذلك قوله تعالى : « للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر » فقد نص جل شأنه فى هذه الآية على أن مدة التربص أربعة أشهر فلا تجوز الزيادة عليها كما لا تجوز الزيادة على التربص المذكور فى عدة الوفاة والطلاق (٥) .

وأجيب عن هذا بأن ظاهر القرآن التفصيل فى الايلاء بعد مضى المدة بخلاف العدة فانها شرعت فى الأصل للتعرف على براءة الرحم بعد انقطاع العصمة فلم يبق بعد مضى المدة تفصيل (٦) ، وأيضا فان المراد بالمدة المذكورة فى الآية المدة التى تضرب للمولى فان فاء بعدها والا طلق وليس المراد منها انه لا يصح الايلاء بدون هذه المدة (٧) كما احتجوا أيضا بفتوى ابن عباس رضى الله عنهما انه قال : اذا آلى من امرأته شهرا أو شهرين أو

---

(١) نفس المرجع السابق .
(٢) القرطبى ج ٣ ص ١٠٤ .
(٣) القرطبى ج ٣ ص ١٠٥ وتحفة الفقهاء ج ٢ ص ٣٠٦ وفتح القدير ج ٣ ص ١٨٩ والبحر الزخار ج ٣ ص ٢٤٤ .
(٤) الخرشى ج ٤ ص ٩٠ والمغنى ج ٨ ص ٥٠٥ .
(٥) الزيلعى ج ٢ ص ٢٦١ .
(٦) فتح البارى ج ٩ ص ٣٤٦ .
(٧) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٥٧ .

ثلاثة ما لم يبلغ الحد فليس بايلاء . وبهذا يثبت أن مدة الايلاء أربعة أشهر (١) وبناء على هذا ينسقط الايلاء بانتهاء المدة بالطلاق كما يسقط بالفيء في أثناء المدة .

القول الرابع :

يرى جمهور الفقهاء - وهم المالكية (٢) والشافعية (٣) والحنابلة (٤) انه لا يصح الايلاء الا اذا كانت المدة تزيد على أربعة أشهر . فان آلى على ما دون أربعة أشهرلم يكن موليا .

وكانت يمينه عندهم يمينا محضة لو وطيء في هذه المدة لم يكن عليه شيء كسائر الأيمان (٥) وبذلك قال الشيعة الامامية (٦) حيث يرون ان الايلاء لا ينعقد حتى يكون التحريم مطلقا فيحمل على التأبيد أو مقيدا بالدوام الذي هو تأكيد لما اقتضاه الاطلاق . أو مقرونا بمدة تزيد على الأربعة الأشهر ولو لحظة . فالمدار على واقعية الزيادة على أربعة أشهر لا ظن حصولها أو عدمه . وبهذا قال ابن عباس رضي الله عنه وطاوس وسعيد بن جبير والأوزاعي وأبو ثور وأبو عبيد (٧) .

---

(١) فتح القدير جـ ٣ ص ١٨٩ والمبسوط جـ ٧ ص ٢٢ . وقد رجح بعض الكتاب المعاصرين هذا القول حيث قال : ان التقدير بأربعة أشهر هو الذي يتفق مع جملة الأحكام الشرعية ذلك لأن الرجل أبيح له أن يتزوج أربعة من النساء فاذا كان في كل شهر يضرب نساءه مرة فان قسمها يكون مرة كل أربعة أشهر فكان من تناسق الأحكام الشرعية ان جعلت المدة التي تصبر فيها المرأة مع هذا الهجر أو تتصبر أربعة أشهر فوق أن الفطرة تقول ان ذلك أقصى غاية الصبر على البعد المتعمد (يراجع مجلة لواء الاسلام س ٦ ع ٢ ص ٧٦ مقال للاستاذ أبي زهرة) .

(٢) الخرشي جـ ٤ ص ٩٠ .

(٣) المهذب جـ ٢ ص ١٠٦ .

(٤) الكشاف جـ ٣ ص ٢١٩ والمغني جـ ٨ ص ٥٠٥ .

(٥) القرطبي جـ ٣ ص ١٠٤ ، ١٠٥ .

(٦) شرائع الاسلام ص ٢٢٨ .

(٧) المغني جـ ٨ ص ٥٠٥ .

وقد استدلوا لذلك بقوله تعالى : « للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فانهم يرون أن ظاهر الآية يقتضى أن تكون مدة الايلاء أكثر من أربعة أشهر لأن الله تعالى جعل للمولى أربعـة أشهر فهى له بكمالهـا لا اعتراض لزوجته عليه فى تلك المدة فاذا حلف على أربعة أشهر أو ما دونها فلا معنى للتربص لأن مدة الايلاء تنقضى قبل ذلك مع انقضائه ولأن المطالبة انما تكون بعد أربعة أشهر فاذا انقضت المدة بأربعة أشهر فما دون لم تصح المطالبة من غير ايلاء ، وعلى هذا يكون تقدير الآية - للذين يؤلون من نسائهم أكثر من أربعة أشهر تربص أربعة أشهر كما أن الدين المؤجل لا يستحق صاحبه المطالبة به الا بعد تمام الأجل • فكذلك الايلاء فانه لا يجوز للزوجة أن تطالب زوجها بالفىء فى مدة الايلاء (١) •

والذى نراه أقرب الى ظاهر الآية ان الحالف على ترك وطء زوجته يعتبر موليا منها مطلقا سواء أطلق أو قيد بمدة تقل عن الأربعة الأشهر كشهر أو شهرين أو تزيد عليها غير أن له الامتناع عن وطء زوجته مدة الأربعة الأشهر • فان كان موليا أقل منها فقد انتهى ايلاؤه بمضى مدته التى قيد بها فلو استمر على امتناعه لم يكن له حكم الايلاء ولكن لزوجته أن تطالبه بالعودة اليهـا أو التطليق للضرر أما ان كانت مدة الايلاء أربعة أشهر أو أكثر كان له حكم الايلاء وحينئذ يكون محل خلاف العلماء فى وقوع الطلاق بمضى المدة و بالامتناع عن الفيئة بعدها •

---

(١) القرطبى ج ٣ ص ١٠٥ وابن العربى ج ١ ص ٧٥ ونيل الأوطار ج ٦ ص ٢٥٧ ومسالك الدلالة ص ٢٠٣ والمغنى ج ٨ ص ٥٠٦ •

المبحث الثانى

متى يقع الطلاق بالايلاء

اختلف الفقهاء فى وقوع الطـــلاق بالايلاء على فريقين : فريق يرى ان الطلاق يقع بمضى المدة ٠ والفريق الآخر يرى أن الطلاق لا يقع ٠

أولا - رأى الفريق القائل بوقوع الطلاق بمضى المدة :

يرى الأحناف (١) ان المولى اذا باشر زوجته فى مـــدة الايلاء حنث فى يمينه ولزمته الكفارة وانحل الايلاء ٠ عملا بقراءة ابن مسعود رضى الله عنه « فان فاءوا فيهن » وعلى هذا يكون من حق الزوج أن يفىء فى أثناء المدة وهى أربعة أشهر ٠ فاذا امتنع من الفىء فيها حتى انقضت طلقت الزوجة بمضيها طلقة بائنة ٠

وحجتهم فى ذلك قوله تعالى : « وان عزموا الطـــلاق فان الله سميع عليم » فقد سمى الله تعالى ترك الفىء فى المدة عزم الطلاق ٠ لأن الشرع جعل الايلاء طلاقا معلقا على شرط البر فيصير الزوج بالاصرار على موجب اليمين معلقا طلاقا بائنا بترك القربان أربعة أشهر ٠ يؤيد ذلك ما روى عن ابن عباس انه قال (٢) : عزيمة الطلاق انقضاء أربعة أشهر قبل الفىء اليها ٠ وأجيب عن هذا الدليل بأن الطلاق لو وقع بمضى المدة لم يحتج الى عزم عليه لأن مدة الايلاء ضربت لتكون أجلا للمولى فلم يستحق المطالبة فيها ٠ لأن قوله تعالى :

---

(١) البحر الرائق ج ٤ ص ٦٢ والبدائع ج ٣ ص ١٧٥ - ١٧٧ والزيلعى ج ٢ ص ٢٦٢ ، ٢٦٣ ٠

(٢) الجصاص ج ١ ص ٤٢٥ والألوسى ج ١ ص ٤٢٥ والبدائع ج ٣ ص ٤٢٥ والبدائع ج ٣ ص ١٧٧ والطبرى ج ٢ ص ٤٥٦ ٠

« وإن عزموا الطلاق فان الله سميع عليم » يقتضى ان الطلاق مسموع ولا يكون المسموع الا كلاما (١) ٠

كما استدلوا أيضا بالآثار الواردة عن بعض الصحابة ٠ من ذلك ماروى عن ابن عباس رضى الله عنه انه قال : اذا مضت أربعة أشهر فهى تطليقة بائنة (٢) كما روى قتادة عن الحسن أن عليا رضى الله عنه قال فى الايلاء : اذا مضت أربعة أشهر بانت بتطليقة (٣) وروى مثل ذلك أيضا عن عثمان ابن عفان وزيد بن ثابت وعمر بن الخطاب وابن مسعود (٤) فهذه الآثار تدل على وقوع الطلاق بمضى المدة ٠

أقول : ويمكن الاعتراض على هذا الدليل بأنه غير مسلم لهم لأن هذه الآثار متعارضة ، فقد قال السدى (٥) : كان على وابن عباس رضى الله عنهما يقولان اذا آلى الرجل من امرأته فمضت أربعة أشهر فانه يوقف فيقال له أمسكت أو طلقت ٠ فان أمسك فهى امرأته وان طلق فهى طلقة بائنة ٠

وروى سعيد بن المسيب وأبو بكر بن عبد الرحمن أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه كان يقول اذا مضت أربعة أشهر فهى تطليقة وهو أملك بها مادامت فى عدتها (٦) وعن حبيب بن ثابت عن طاوس : ان عثمان بن عفان رضى الله عنه كان يوقف المولى (٧) وعن سعيد بن المسيب أن عمر قال فى الايلاء لا شىء عليه حتى يوقف فيطلق أو يمسك ٠ وروى مثله عن على رضى الله عنه (٨) ٠

---

(١) المغنى جـ ٨ ص ٢٥٨ ، ٢٥٩ ٠
(٢) سنن البيهقى جـ ٧ ص ٣٧٩ والطبرى جـ ٢ ص ٢٥٨ ٠
(٣) نفس المرجع ص ٢٥٧ ٠
(٤) الطبرى جـ ٢ ص ٢٥٧ وسنن البيهقى جـ ٧ ص ٣٨٠ ٠
(٥) سنن البيهقى جـ ٧ ص ٣٨٠ ٠
(٦) سنن البيهقى جـ ٧ ص ٣٧٧ ٠
(٧) نفس المرجع ص ٣٧٦ ٠
(٨) الطبرى جـ ٢ ص ٢٦٠ ٠

وعن عائشة رضى الله عنها قالت : يوقف المولى بعد انقضاء المدة فاما أن يفىء واما أن يطلق (١) وعن نافع عن ابن عمر انه قال فى المولى لا يحل له الا ما أحل الله له اما أن يفىء أو يطلق (٢). وروى مثل ذلك عن سعيد ابن جبير . فهذه الآثار لا تصلح حجة لهم لأنه قد روى عن كل صحابى أثران مختلفان واختلاف الآثار يدل على ان المسألة خلافية . وعلى كل فرأى الصحابى فى أمر مجتهد فيه لا يكون حجة لا سيما اذا خالفه غيره وقد ثبتت مخالفة الغير فبطل الاحتجاج به .

ثانيا - رأى الفريق القائل بعدم وقوع الطلاق بمضى المدة :

يرى جمهور الفقهاء (٣) ان للمولى أن يتربص أربعة أشهر كما أمر الله تعالى ولا يطالب فيهن بالفىء . فاذا مضت المدة لا تطلق الزوجة بمضيها . بل لها أن ترفع الأمر الى القاضى . فاذا رفعت الأمر الى القاضى وقفه بناء على طلبها . وأمره بالفىء فان امتثل وفاء فقد خرج من المحذور وهو الطلاق. وان امتنع من الفىء أمره القاضى بالطلاق لقوله تعالى : « فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » فاذا امتنع المولى من أداء الواجب وهو الفىء . فيكون قد امتنع عن الامساك بالمعروف فيؤمر بالتسريح باحسان (٤) .

فان طلق وقع طلاقه وان امتنع طلق القاضى نيابة عنه لأن ما دخلته النيابة وتعين مستحقه وامتنع من هو عليه من أدائه قام القاضى مقامه كقضاء الدين وحجتهم فى ذلك **أولا** : قوله تعالى : « للذين يؤلون من نسائهم

---

(١) الطبرى جـ ٢ ص ٢٦١ وسنن البيهقى جـ ٧ ص ٣٧٧ .
(٢) الطبرى جـ ٢ ص ٢٦١ ، ٢٦٢ .
(٣) المنتقى جـ ٤ ص ٣١ - ٣٣ والشرح الكبير جـ ٢ ص ٤٣٦ والخرشى جـ ٤ ص ٩٧ ، ٩٨ ونهاية المحتاج جـ ٧ ص ٧٥ وشرح المنهاج جـ ٤ ص ١٢ ، ١٣ والمحرر جـ ٢ ص ٨٧ ، ٨٨ والكشاف جـ ٣ ص ٢٢٤ والمغنى جـ ٨ ص ٥٢٨ ، ٥٤١ .
(٤) الكشاف جـ ٣ ص ٢٢٦ .

تربص أربعة أشهر فان فاءوا فان الله غفور رحيم » .

وجه الاستدلال . ان ظاهر الآية يقتضى أن يكون الفىء بعد مضى المدة وهى أربعة أشهر . لأن الله جل شأنه ذكر الفىء بعد المدة بالفاء المقتضية للتعقيب . الزمنى . أى فان فاءوا بعد الأشهر الأربعة . ثم قال جل شأنه بعد ذلك : « وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم » ظاهر ذلك ان الطلاق لا يقع بمضى المدة . اذ لو وقع بمضيها لم يحتج الى عزم عليه . كما أن قوله تعالى : « سميع عليم » يقتضى أن يكون الطلاق مسموعا . ولا يكون المسموع الا كلاما . وبهذا يثبت أن الطلاق لا يقع بمضى المدة بل لابد من رفع الأمر الى القاضى ليأمر بالفىء أو الطلاق (١) .

ثانيا – الآثار الواردة عن الصحابة : من ذلك ما روى نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما انه كان يقول فى الايلاء الذى سمى الله تعالى . لا يحل لأحد بعد الأجل الا أن يمسك بالمعروف أو يعزم بالطلاق كما أمر الله عز وجل (٢) .

وجه الاستدلال بهذا الأثر . انه يدل بنصه على أن الطلاق لا يقع بمضى المدة . بل اذا مضت مدة الايلاء فاما أن يمسك الزوج زوجته بالمعروف وذلك بالفىء اليها . واما أن يطلق .

وقد روى مثل ذلك عن عثمان وعلى وأبى الدرداء وعائشة واثنى عشر رجلا من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم (٣) وبذلك قال : سعيد

---

(١) المغنى ج ٨ ص ٥٢٨ ، ٥٢٩ ونهاية المحتاج ج ٧ ص ٧٣ .
(٢) فتح البارى ج ٩ ص ٣٤٦ .
(٣) نفس المرجع ونيل الأوطار ج ٦ ص ٢٥٥ – ٢٥٧ وسنن البيهقى ج ٧ ص ٣٧٦ .

ابن المسيب وعروة ومجـــاهد وطاوس واســـحاق وأبو عبيـــد وأبو ثور وابن المنذر (١) .

ومما يؤيد هذا . ما قاله ابن حجر فى ذلك (٢) وهذا تفسير للآية من ابن عمر وتفسير الصحابة فى مثل هذا له حكم الرفع عند الشيخين البخارى ومسلم كما نقله الحـــاكم فيكون فيه ترجيـــح لمن قال بوقف المولى . أما الزيدية (٣) والامامية (٤) وابن حزم (٥) فانهم يتفقون مع جمهور الفقهاء فى أن الطلاق بالايلاء لا يقع بمضى المدة . بل يرون انه اذا انقضت المدة ورفعت الزوجة الأمر الى القاضى وقف المولى وأمره بالفىء أو الطلاق فان امتنع منهما لا يطلق عليــه بل يحبسه ويضيق عليه حتى يفىء أو يطلق . وبهـــذا قال الشافعى فى أحد قوليه (٦) والأمام أحمد فى رواية عنه (٧) لأن ما خير الزوج فيه بين أمرين لم يقم القاضى مقامه فيه . ولأن عزيمة الطـــلاق فى قوله تعالى : « وان عزموا الطلاق » قد أضيفت الى الازواج . ولقول النبى صلى الله عليه وسلم : « انما الطلاق لمن أخذ بالساق » وبهذا يثبت أن القاضى لا يطلق على المولى اذا امتنع من الطلاق .

الترجيح :

والذى نراه ان الراجح هنا مذهب جمهور الفقهاء . لأن قوله تعالى :

---

(١) المغنى جـ ٨ ص ٥٣١ .
(٢) فتح البارى جـ ٩ ص ٣٤٦ .
(٣) البحر الزخار جـ ٣ ص ٢٤٦ والتاج المذهب جـ ٢ ص ٢٥٦ .
(٤) المختصر النافع ص ٢٠٧ وشرائع الاسلام ص ٢٢٨ .
(٥) المحلى جـ ١٠ ص ٤٢ : ويرى ابن حزم ان المولى اذا فاء فى أثناء المدة فلا سبيل عليه وان لم يفىء لم يعترض عليه فاذا انقضت المدة أجبره القاضى بالسوط على الفىء أو الطلاق حتى يفعل أحدهما سواء طلبت الزوجة ذلك أو لم تطلب رضيت ذلك أو لم ترض .
(٦) نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٧٥ .
(٧) المغنى جـ ٨ ص ٥٤٢ .

« وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم » يدل دلالة واضحة على إن الطلاق بالايلاء لا يقع بمضى المدة · لأنه لو وقع بمضيها لم يكن ثمة حاجة الى العزم عليه بعد وقوعه · وأما قراءة ابن مسعود رضى الله عنه « فان فاءوا فيهن » فلا تصلح لأن تكون حجة للاحناف لأنها ان صحت فليست بمانعة من أن يكون للزوج الفيء بعد المدة بدليل قوله وان عزموا الطلاق · فان العزم انما يكون بعد مضى المدة لما أثبتته الآية فى صدرها من أن للزوج التربص أربعة أشهر اذ بمقتضياه ان له مدة أربعة أشهر كاملة وليس بمانع أن يفيء فى أثنائها كما له أن يستكملها فتكون فيئته بعدها · غير أن مطالبته بالفيئة وجوبا لا يكون الا بعد مضى المدة · ومما يؤيد هذا ما أخرجه الدارقطنى (١) عن سهل ابن أبى صالح عن أبيه انه قال : سألت اثنى عشر رجلا من الصحابة عن الرجل يولى فقالوا : ليس عليه شيء حتى تمضى أربعة أشهر فيوقف فان فاء والا طلق · وهذا - على ما أعتقد - يتفق ومصلحة الأسرة لأنه يتيح للزوج الفرصة لكى يتروى ويراجع نفسه فان أحس بأنه مخطيء وأراد أن يتدارك خطأه ويعود الى زوجته عاد اليها ولو بعد انتهاء المدة لأنها منحت له للنظر والمشورة · وهذا أولى من ايقاع الطلاق بمجرد مضى المدة والعمل برأى الجمهور فيه تضييق لدائرة الطلاق ·

هل الفرقة بالايلاء طلاق بائن أم طلاق رجعى ؟

اختلف الفقهاء فى الطلاق الواقع بالايلاء على فريقين · فريق يرى انه طلاق بائن والفريق الآخر يرى انه طلاق رجعى ·

والسبب فى اختلاف الفقهاء · معارضة المصلحة المقصودة بالايلاء للأصل المعروف فى الطلاق · فمن غلب الأصل قال انه رجعى ومن غلب المصلحة

---

(١) فتح البارى جـ ٩ ص ٣٤٧ ونيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٥٦ ·

المقصودة قال انه بائن (١) وسنبين رأى كل فريق .

رأى الفريق القائل بأن الطلاق بائن :

ذهب الأحناف (٢) والزيدية ((٣) والامام احمد فى زواية (٤) وأبو ثور (٥) الى أن الطلاق الواقع بالايلاء طلاق بائن لأنه لرفع الضرر فكان بائنا كالطلاق بالعشة .

وقد استدلوا لذلك بالمأثور والمعقول .

أولا - المأثور :

روى عن زيد بن على عن أبيه عن جده عن على عليهم السلام انه كان يوقف المولى بعد الأربعة الأشهر فيقول : اما أن تفيء واما أن تعزم الطلاق . فان عزم الطلاق كانت تطليقة بائنة (٦) .

وجه الاستدلال بهذا الأثر انه يدل بنصه على ان الطلاق بالايلاء بائن ويجاب عن هذا الاستدلال بأنه غير مسلم لأنه رأى صحابى فيما للرأى فيه مجال فلا يكون حجة على غيره لا سيما اذا خالفه هذا الغير وقد روى سعيد ابن المسيب وأبو بكر بن عبد الرحمن ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه كان يقول : اذا مضت أربعة أشهر فهى تطليقة وهو أملك بردها مادامت فى عدتها (٧)

---

(١) بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٠١ .

(٢) فتح القدير جـ ٣ ص ١٨٤ والزيلعى جـ ٢ ص ٢٦٢ والبدائع جـ ٣ ص ١٧٧ .

(٣) الروض النضير جـ ٤ ص ١٨٨ .

(٤) المغنى جـ ٨ ص ٥٤٢ ، ٥٤٣ وهذه الرواية رواها القاضى عن الامام أحمد فيما اذا طلق القاضى على المولى .

(٥) المغنى جـ ٨ ص ٥٤٣ .

(٦) الروض النضير جـ ٤ ص ١٨٨ .

(٧) سنن البيهقى جـ ٧ ص ٣٧٨ .

وروى مثل ذلك عن ربيعة ومكحول والزهرى والأوزاعى (١) وبهذا يثبت أن المسألة محل اجتهاد بين الصحابة وبناء على هذا فلا يكون الدليل صالحا للاستدلال .

ثانيا - المعقول :

واستدل هذا الفريق بالمعقول وهو ان الطلاق انما وقع بائنا دفعا للظلم عن المرأة لأن الزوج ظلمها حيث منعها حقها المستحق عليه وهو الوطء فى المدة . ولا يندفع الظلم عنها الا بالطلاق البائن لكى تتمكن من استيفاء حقها من زوج آخر . وأما القول بوقوع الطلاق الرجعى فانه يؤدى الى العبث لأن الزوج اذا أبى الفىء والطلاق يطلق عليه القاضى . ثم اذا طلق عليه راجعها الزوج فيخرج فعل القاضى مخرج العبث وهذا لا يجوز (٢) وأيضا فان هذه فرقة من طريق الحكم والفرقة الواقعة من طريق الحكم تكون بائنة (٣) .

رأى الفريق القائل بأن الطلاق رجعى :

يرى هذا الفريق من الفقهاء وهم المالكية (٤) والشافعية (٥) والحنابلة (٦) وابن حزم (٧) والشيعة الامامية (٨) ان الطلاق المترتب على الايلاء طلاق رجعى لأنه طلاق صادف مدخولا بها من غير عوض ولا استيفاء عدد فكان رجعيا كالطلاق من غير ايلاء (٩) لأن الأصل ان كل طلاق وقع بالشرع

---

(١) فتح البارى ج ٩ ص ٣٤٦ .
(٢) البدائع ج ٣ ص ١٧٧ وحاشية الشلبى على الزيلعى ج ٢ ص ٢٦٢ .
(٣) حاشية الشلبى ج ٢ ص ٢٦٣ .
(٤) الخرشى ج ٤ ص ٩٨ والمقدمات على المدونة ج ٢ ص ٣٢٧ .
(٥) الأم ج ٥ ص ٢٥٧ والمهذب ج ٢ ص ١١٠ .
(٦) المغنى ج ٨ ص ٥٤٢ والكشاف ج ٣ ص ٢٢٦ والمحرر ج ٢ ص ٨٧ .
(٧) المحلى ج ١٠ ص ٢١٦ .
(٨) شرائع الاسلام ص ٢٢٨ والمختصر النافع ص ٢٠٧ وجواهر الكلام ج ٤ باب الايلاء .
(٩) المهذب ج ٢ ص ١١٠ وكشاف القناع ج ٣ ص ٢٢٦ .

يحمل على انه رجعى الا أن يدل الدليل على انه بائن (١) .

القـــانون :

نصت المادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعمول به حاليا فى جمهورية مصر العربية على أن : « كل طلاق يقع رجعيا الا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال وما نص على كونه بائنا فى هـــذا القانون والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ » والايلاء لم ينص عليه فى القانونين فيكون بائنا طبقا لمذهب الأحناف عملا بنص المادة (٢٨٠) من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ التى تنص على الرجوع لمذهب الأحناف فيما لا نص فيه

الا أن مشروع القانون نص فى الفقرة الأولى من المادة (١٢٠) على أن الطلاق بالايلاء رجعى .

---

(١) بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٠١ .

خاتمة البحث

بعد أن انتهينا من بحثنا هذا يمكننا أن نذكر خلاصة ما توصلنا اليه :

أولا : رأيت أن الأصل فى الطلاق الحظر الا لحاجة ٠ وان المتعة أساس تشريعى للحكم بالتعويض عند الاساءة فى استعمال حق ايقاع الطلاق ٠

ثانيا : أن تقييد الطلاق بمجلس القاضى لا يصلح لأن يكون علاجا لمشكلة الاسراف فى الطلاق ٠

ثالثا : ان تفويض الطلاق الى غير الزوجة أمر لا داعى له ٠

رابعا : عدم وقوع الطلاق من الغضبان والمكره والسكران والهازل والمخطىء ٠

خامسا : تقييد أخذ العوض من المرأة بما اذا لم يكن من الزوج عضل ٠

سادسا : ان الاشهاد على الطلاق قيد واجب تحققه ٠

سابعا : ان تحكيم الحكمين يجب أن يكون أساسا فى كل خلاف ينشأ بين الزوجين ٠

وبعد : فحمدا لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله ٠ ولا أدعى الكمال فيما دونت فالكمال لله وحده ٠ فان كنت قد أصبت فبتوفيق الله لى ٠ وان كانت الأخرى فان الله لا يكلف نفسا الا وسعها ٠ وانى أسأل الله أن يجعل عملى هذا خالصا لوجهه الكريم ٠

مراجع البحث

١ ـ القرآن الكريم .

التفسير

٢ ـ أحكام القرآن للامام أبى بكر الجصاص المتوفى سنة ٣٧٠ هـ المطبعة البهية المصرية سنة ١٣٤٧ هـ .

٣ ـ أحكام القرآن الكريم للامام أبى بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربى المتوفى سنة ٥٤٢ هـ الطبعة الأولى بمطبعة السعادة سنة ١٣٣١ هـ .

٤ ـ أحكام القرآن بى الحسن على بن محمد الطبرى المعروف بالكيا الهراسى (مخطوط بمكتبة الأزهر رقم ٣٩٨) .

٥ ـ التفسير الكبير المسمى بالبحر المحيط لابن حيان المتوفى سنة ٧٤٥ هـ مطبعة السعادة سنة ١٣٢٨ هـ .

٦ ـ الجامع لأحكام القرآن للقرطبى المتوفى سنة ٦٧١ هـ مطبعة دار الكتب المصرية ١٩٣٦ ، ١٩٤٢ .

٧ ـ الكشاف للزمخشرى المتوفى سنة ٥٢٨ هـ مطبعة مصطفى محمد بالقاهرة سنة ١٣٥٤ هـ

٨ ـ تفسير غرائب القرآن للنيسابورى مطبوع على هامش الطبرى .

٩ ـ جامع البيان للطبرى المتوفى سنة ٣١٠ هـ الطبعة الأولى بالمطبعة الأميرية بالقاهرة سنة ١٣٢٣ هـ .

١٠ ـ روح المعانى للألوسى المتوفى سنة ١٢٧٠ هـ الطبعة الأولى بالمطبعة الأميرية بالقاهرة سنة ١٣٠١ هـ .

١١ ـ مجمع البيان لأبى على الفضل المعروف بالطبرسى المتوفى سنة ٥٤٨هـ طبع دار التقريب بالقاهرة سنة ١٣٧٨ هـ . وطبع حجر سنة ١٣١٤ هـ وتوجد نسخة مخطوطة (بمكتبة الأزهر برقم ١٨٥٤) .

١٢ - مفاتيح الغيب للامام الرازى المتوفى سنة ٦٠٦ هـ الطبعة الأولى بالمطبعة الخيرية بمصر سنة ١٣٠٨ هـ .

السنة

١٣ - الجوهر النقى لعلاء الدين الماردينى المتوفى سنة ٧٤٥ هـ مطبوع مع السنن الكبرى .

١٤ - السنن الكبرى للبيهقى المتوفى سنة ٤٥٨ هـ الطبعة الأولى بالهند سنة ١٣٥٣ هـ .

١٥ - تيسير الوصول للمحدث عبد الرحمن بن على المعروف بالشيبانى المتوفى سنة ٩٤٤ هـ مطبعة الجمالية سنة ١٣٣٠ هـ .

١٦ - حاشية السندى المتوفى سنة ١١٣٨ هـ على هامش سنن ابن ماجه .

١٧ - سبل السلام للصنعانى مطبعة الاستقامة بمصر سنة ١٣٥٧ هـ .

١٨ - سنن ابن ماجه الطبعة الأولى بالمطبعة العامية سنة ١٣١٣ هـ .

١٩ - سنن النسائى المطبعة اليمنية بمصر سنة ١٣٠٦ هـ .

٢٠ - صحيح البخارى بشرح الكرمانى المطبعة البهية المصرية سنة ١٣٥٦ هـ .

٢١ - صحيح مسلم بشرح النووى المطبعة المصرية بالأزهر سنة ١٣٤٧ هـ .

٢٢ - فتح البارى لابن حجر العسقلانى المتوفى سنة ٨٥٢ هـ المطبعة الخيرية بمصر سنة ١٣٢٥ هـ .

٢٣ - مختصر سنن أبى داود للحافظ المنذرى مطبعة أنصار السنة المحمدية سنة ١٣٦٨ هـ .

٢٤ - نصب الراية للزيلعى المتوفى سنة ٧٦٢ هـ مطبعة دار المأمون بمصر سنة ١٣٥٧ هـ .

٢٥ - نيل الأوطار للشوكانى المتوفى سنة ١٢٥٥ المطبعة العثمانية بمصر سنة ١٣٥٧ هـ .

الأصـــول

٢٦ ـ التلويح على التوضيح للتفتازاني المتوفى سنة ٧٩٠ هـ مطبعة دار الكتب العربية الكبرى .

٢٧ ـ شرح المنار لابن مالك المتوفى سنة ٨٨٥ هـ مطبعة درسعادات سـنة ١٣١٣ هـ .

فقـه الأحناف

٢٨ ـ البحر الرائق لابن نجيم المتوفى سنة ٩٧٠ هـ مطبعة دار الكتب العربية الكبرى بمصر سنة ١٣٣٣ هـ .

٢٩ ـ الدر المختار شرح تنوير الأبصار لعلاء الدين الحصكفي المتوفي سـنة ١١٨٨ هـ . مطبوع على هامش رد المحتار .

٣٠ ـ الدر المنتقى للحصكفي مطبوع على هامش مجمع الأنهر .

٣١ ـ الفتاوى الخيرية للرملي المتوفى سنة ١٠٨١ هـ الطبعة الثانية بالمطبعة الأميرية سنة ١٣٠٠ هـ .

٣٢ ـ المبسوط للسرخسي المتوفى سـنة ٤٣٨ هـ مطبعة السعادة بالقـاهرة سنة ١٣٢٤ هـ .

٣٣ ـ الهداية للمرغيناني المتوفى سنة ٥٩٣ هـ . مطبوع مع فتح القدير .

٣٤ ـ بدائع الصـنائع في ترتيب الشرائع للكاساني المتوفى سـنة ٥٨٧ هـ مطبعة الجمالية بمصر سنة ١٣٢٨ هـ .

٣٥ ـ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي المتوفى سنة ٧٤٢ هـ المطبعة الأميرية سنة ١٣١٣ هـ .

٣٦ ـ تحفة الفقهاء للسمرقندي المتوفى سنة ٥٤٠ هـ مطبعة جامعة دمشق سنة ١٣٧٧ هـ .

٣٧ ـ جامع الفصـولين لقـاضي سماونة المتوفى سـنة ٨٢٣ هـ المطبعـة الأميرية سنة ١٣٠٠ هـ .

٣٨ ـ حاشية سعد جلبى المتوفى سنة ٩٤٥ هـ مطبوع على هامش فتح القدير ٠

٣٩ ـ حاشية الشلبى المتوفى سنة ١٠٠٠ هـ مطبوع على هامش تبيين الحقائق ٠

٤٠ ـ درر الحكام لمنلا خسرو المتوفى سنة ٨٨٥ هـ المطبعة العامرية الشرقية بمصر سنة ١٣٠٤ هـ ٠

٤١ ـ رد المختار على الدر المختار لابن عابدين المتوفى سنة ١٢٥٢ مطبعة بولاق سنة ١٢٩٩ هـ ٠

٤٢ ـ شرح العناية على الهداية للبابرتى المتوفى سنة ٧٨٦ هـ مطبوع على هامش فتح القدير ٠

٤٣ ـ فتح القدير لكمال الدين بن الهمام المتوفى سنة ٨٦١ هـ المطبعة الأميرية بمصر سنة ١٣١٦ هـ ٠

٤٤ ـ مجمع الأنهر لشيخ زاده المتوفى سنة ١٠٧٨ هـ ٠ المطبعة العثمانية بالقسطنطينية سنة ١٣٢٨ هـ ٠

٤٥ ـ منحة الخالق لابن عابدين مطبوع على هامش البحر الرائق ٠

فقه المالكية

٤٦ ـ التاج والاكليل للمواق المتوفى سنة ٨٩٧ هـ مطبوع بهامش مواهب الجليل ٠

٤٧ ـ الشرح الكبير للدردير المتوفى سنة ١٢٠٢ هـ المطبعة الأزهرية بمصر سنة ١٣٥٣ هـ ٠

٤٨ ـ الفروق للقرافى المتوفى سنة ٦٨٤ هـ مطبعة دار احياء الكتب العربية سنة ١٣٤٤ هـ ٠

٤٩ ـ المدونة الكبرى للامام مالك المتوفى سنة ١٧٩ هـ رواية سحنون المطبعة الخيرية بمصر سنة ١٣٢٤ هـ ٠

٥٠ - المقدمات لابن رشد المتوفى سنة ٥٢٠ مطبوع مع المدونة .

٥١ - المنتقى شرح الموطأ مالك للباجى المتوفى سنة ٤٩٤ هـ مطبعة السعادة بالقاهرة سنة ١٣٣٢ هـ .

٥٢ - بداية المجتهد لابن رشد الحفيد المتوفى سنة ٥٩٥ مطبعة الاستقامة بالقاهرة .

٥٣ - جواهر الاكليل للازهرى مطبعة عباس عبد السلام بمصر .

٥٤ - حاشية العدوى مطبوع على هامش الخرشى .

٥٥ - حاشية البنانى مطبوع على هامش الزرقانى .

٥٦ - حاشية الدسوقى المتوفى سنة ١٢٣٠ هـ مطبوع على الشرح الكبير .

٥٧ - حاشية الصعيدى مطبوع مع شرح ابى الحسن .

٥٨ - حاشية الصاوى على الشرح الصغير المطبعة الخيرية .

٥٩ - شرح الخرشى المتوفى سنة ١١٠١ هـ المطبعة الأميرية سنة ١٣١٧ هـ .

٦٠ - شرح الزرقانى المطبعة الأميرية سنة ١٣٠٣ هـ .

٦١ - شرح أبى الحسن مطبعة محمد عاطف بالقاهرة .

٦٢ - مسالك الدلالة للحافظ أبى الفيض . دار العهد الجديد للطباعة بمصر سنة ١٣٧٤ هـ .

٦٣ - منح الجليل للشيخ عليش المتوفى سنة ١٢٩٠ هـ المطبعة الأميرية (مكتبة الأزهر برقم ٧٠٦ خصوصى) .

٦٤ - مواهب الجليل للحطاب المتوفى سنة ٩٥٤ هـ مطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٢٩ هـ .

فقه الشافعية

٦٥ - الأشباه والنظائر للسيوطى المتوفى سنة ٩١١ هـ مطبعة الحلبى سنة ١٣٥٦ هـ .

٦٦ - الأم للامام الشافعى المتوفى سنة ٢٠٤ هـ رواية الربيع بن سليمان المطبعة الأميرية سنة ١٣٢٢ هـ .

٦٧ - المهذب للشيرازي المتوفى سنة ٤٧٦ هـ مطبعة الحلبي .

٦٨ - الوجيز للغزالي مطبعة الآداب بمصر سنة ١٣١٧ هـ .

٦٩ - حاشية الشبراملسي المتوفى سنة ١٠٨٧ هـ مطبوع مع نهاية المحتاج .

٧٠ - حاشية المغربي المتوفى سنة ١٠٩٦ هـ مطبوع بهامش نهاية المحتاج .

٧١ - حاشية الشرقاوي على شرح التحرير للشيخ زكريا الانصاري .

٧٢ - حاشية القليوبي مطبعة الحلبي .

٧٣ - حاشية عميرة مطبعة الحلبي .

٧٤ - شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين للشيخ محيي الدين النووي .

مطبوع على هامش حاشيتي قليوبي وعميرة .

٧٥ - مختصر المزني المتوفى سنة ٢٦٤ مطبوع على هامش الأم .

٧٦ - نهاية المحتاج للرملي المتوفى سنة ١٠٠٤ هـ مطبعة الحلبي سنة ١٣٥٧ هـ .

فقه الحنابلة

٧٧ - اغاثة اللهفان لابن قيم الجوزية مطبعة المنار بمصر سنة ١٣٢٧ هـ .

٧٨ - اقامة الدليل على ابطال التحليل لابن تيمية مطبوع مع الفتاوى .

٧٨ - الشرح الكبير للمقدسي المتوفى سنة ٦٨٢ هـ مطبوع مع المغني .

٨٠ - المحرر لمجد الدين أبي البركات مطبعة أنصار السنة المحمدية سنة ١٣٦٩ هـ .

٨١ - الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن قيم الجوزية المؤسسة العربية للطباعة والنشر سنة ١٣٨٠ هـ .

٨٢ - المغني لابن قدامة المتوفى سنة ٦٣٠ مطبعة المنار بمصر سنة ١٣٤٨ هـ .

٨٣ - زاد المعاد لابن قيم الجوزية المتوفى سنة ٧٥١ هـ المطبعة المصرية بالقاهرة سنة ١٣٧٩ هـ .

٨٤ - شرح منتهى الارادات للبهوتى مطبوع على هامش الكشاف .

٨٥ - فتاوى ابن تيمية المتوفى سنة ٧٢٨ هـ مطبعة كردستان بمصر سنة ١٣٢٨ هـ .

٨٦ - كشاف القناع لمنصور بن ادريس المطبعة العامرية الشرقية بمصر سنة ١٣١٩ هـ .

فقـــه الظاهرية

٨٧ - المحلى لابن حزم المتوفى سنة ٤٥٦ هـ ادارة الطباعة المنيرية بمصر سنة ١٣٥٢ هـ .

٨٨ - مراتب الاجماع لابن حزم مطبعة القدسى بمصر سنة ١٣٥٧ هـ .

فقـــه الزيدية

٨٩ - البحر الزخار للمرتضى المتوفى سنة ٨٤٠ هـ مطبعة أنصار السنة المحمدية سنة ١٣٦٧ هـ .

٩٠ - التاج المذهب لأحمد بن قاسم العنسى مطبعة الحلبى سنة ١٣٦٦ هـ .

٩١ - الروض النضير لشرف الدين الحسين بن أحمد اليمنى المتوفى سنة ١٢٢١ هـ مطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٤٩ هـ .

٩٢ - جواهر الأخبار والآثار المستخرجة من لجة البحر الزخار للصعدى المتوفى سنة ٩٥٧ هـ مطبوع مع البحر الزخار .

فقـــه الامامية

٩٣ - أصل الشيعة وأصولها لكاشف الغطاء المطبعة العربية بمصر سنة ١٣٧٧ هـ .

٩٤ - المختصر النافع لأبى القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلى المتوفى سنة ٦٧٦ هـ دار الكتاب العربى بمصر سنة ١٣٧٦ هـ .

٩٥ - جواهر الكلام لأبى القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن بن يحيى ابن سعيد الحلى طبع ايران سنة ١٢٧٢ هـ ٠

٩٦ - مع الشيعة الامامية لجواد مغنية طبع بيروت سنة ١٩٥٥ ٠

٩٧ - شرائع الاسلام لابن سعيد الحلى طبع حجر ٠

مراجع عـامة

٩٨ - أحكام الشريعة الاسلامية فى الأحوال الشخصية للاستاذ عمر عبد الله الطبعة الأولى دار المعارف بمصر ٠

٩٩ - أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية للاستاذ عبد الوهاب خلاف مطبعة دار الكتب سنة ١٣٥٧ هـ ٠

١٠٠- أحكام الأحوال الشخصية فى الفقه الاسلامى للدكتور محمد يوسف موسى الطبعة الأولى دار الكتاب العربى سنة ١٣٧٦ هـ ٠

١٠١- أحكام الأحوال الشخصية للدكتور عبد الرحمن تاج دار الكتاب العربى سنة ١٣٧٤ هـ ٠

١٠٢- أحكام الأسرة فى الاسلام للاستاذ سلام مدكور - دار النهضة سنة ١٣٨٧ هـ ٠

١٠٣- أحكام المعاملات الشرعية للاستاذ على الخفيف مطبعة لجنة التأليف والنشر سنة ١٣٦٢ هـ ٠

١٠٤- أسباب اختلاف الفقهاء للاستاذ على الخفيف مطبعة الرسالة سنة ١٩٥٦ ٠

١٠٥- أصول الفقه الاسلامى للاستاذ زكى الدين شعبان ٠

١٠٦- التعبير عن الارادة فى الفقه الاسلامى رسالة للدكتور وحيد الدين سوار سنة ١٩٦٠ ٠

١٠٧- الطلاق فى الاسلام لمولانا محمد على مطبعة المناهل بيروت سنة ١٩٥٠ ٠

١٠٨- الطلاق فى الشريعة الاسلامية والقانون للدكتور أحمد الغندور دار المعارف بمصر سنة ١٣٨٧ هـ .

١٠٩- العرب قبل الاسلام تأليف جورجى زيدان .

١١٠- الفرقة بين الزوجين للاستاذ على حسب الله دار الفكر العربى سنة ١٣٨٧ هـ .

١١١- القاموس المحيط لمجد الدين الفيروز آبادى المطبعة المصرية سنة ١٣٥٢ هـ .

١١٢- المجتمع الاسلامى للاستاذ المدنى مطبعة مخيمر .

١١٣- المرأة عند قدماء اليونان للدكتور محمود سلام زناتى سنة ١٩٥٧ .

١١٤- المرأة عند الرومان للدكتور محمود سلام زناتى سنة ١٩٥٨ .

١١٥- المصباح المنير للفيومى المتوفى سنة ٧٧٠ هـ المطبعة الأميرية سنة ١٩٢١ .

١١٦- المقارنات والمقابلات للاستاذ محمد حافظ صبرى مطبعة هندية بمصر سنة ١٣٢٠ هـ .

١١٧- الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الاسلامية للاستاذ أبى زهرة مطبعة فتح الله الياس سنة ١٣٥٧ هـ .

١١٨- المؤتمر الأول والثانى والثالث لمجمع البحوث الاسلامية .

١١٩- انحلال الزواج فى شريعة الأقباط الأرثوذكس الدكتور اهاب اسماعيل سنة ١٩٥٩ .

١٢٠- الأحكام الشرعية للاستاذ محمد زيد الابيانى سنة ١٣٤٢ هـ .

١٢١- الأحكام الاسلامية للاستاذ محمد زكريا البرديسى دار النهضة سنة ١٣٨٥ هـ

١٢٢- الأحكام الشرعية للاستاذ أحمد ابراهيم سنة ١٣٤٨ هـ .

١٢٣- الأحوال الشخصية محمد أبو زهرة مطبعة مخيمر سنة ١٣٧٧ هـ .

١٢٤- الأحوال الشخصية للمصريين المسلمين للدجوى دار النشر للجامعات سنة ١٩٦٩ .

١٢٥- الأحوال الشخصية لغير المسلمين الدكتور جميل الشرقاوى دار النهضة سنة ١٩٦٥ .

١٢٦- بحوث فى التشريع الأسلامى للاستاذ المراغى سنة ١٣٤٦ هـ .
١٢٧- بلوغ الارب للالوسى دار الكتاب العربى بمصر .
١٢٨- بلاد ما بين النهرين تأليف ل . ديلابورت . ترجمة محرم كمال المطبعة النموذجية .
١٢٩- رفع الاغلاق عن مشروع الزواج والطلاق للشيخ بخيت المطيعى المطبعة السلفية سنة ١٣٤٥ هـ .
١٣٠- شعار الخضر فى الأحكام الشرعية الأسرائيلية . مراد فرج مطبعة الرغائب سنة ١٩١٧ .
١٣١- فرق الزواج للاستاذ على الخيف سنة ١٩٥٨ .
١٣٢- فقه القرآن والسنة فى موضوع الطلاق فى الاسلام للاستاذ على قراعة دار مصر للطباعة سنة ١٣٧٥ هـ .
١٣٣- قضاء الأحوال الشخصية للطوائف الملية للاستاذ أحمد صفوت مطبعة الرجاء سنة ١٩٣٦ .
١٣٤- لسان العرب لابن منظور المطبعة الأميرية سنة ١٣٠٢ هـ .
١٣٥- مبادىء القانون الرومانى للاستاذ على بدوى مطبعة الياس سنة ١٩٣٦ .
١٣٦- مجلة الأحكام العدلية مطبعة الجوائب سنة ١٢٩٧ هـ .
١٣٧- مجلة الأزهر . مجلة القانون والاقتصاد . مجلة لواء الاسلام . مجلة المحاماة الشرعية ، مجموعة أحكام النقض .
١٣٨- مدى حرية الزوجين فى الطلاق رسالة للدكتور الصابونى سنة ١٣٨٢ هـ .
١٣٩- مذكرات فى فقه القرآن والسنة للاستاذ محمد الزفزاف (مطبوع على الآلة الكاتبة) .
١٤٠- مقارنة المذاهب فى الفقه للاستاذين شلتوت والسايس مطبعة وادى الملوك سنة ١٣٦٧ هـ .
١٤١- نظام الطلاق فى الاسلام للاستاذ أحمد شاكر مطبعة النهضة سنة ١٣٥٤ هـ .

الفهرس

الموضـــوع	الصفحة

الباب الثانى

الموضـــوع	الصفحة

الباب الثالث

الفصل الأول

الفصل الثانى

الموضـــوع	الصفحة

الموضـــوع	الصفحة

الموضـــوع	الصفحة

رقم الايداع ٥١٨٧ ـ ١٩٧٨

الترقيم الـدولى ٥ ـ ٧ ـ ٧٢١٩

